

L'AZIONE DI CLASSE
A TUTELA DEI CONSUMATORI

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA «LA SAPIENZA»

1. LEOPOLDO TULLIO (a cura di), *La nuova disciplina del trasporto aereo. Commento della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999*, 2006.
2. FABIO VECCHI, *Gli accordi tra potestà civili ed autorità episcopali*, 2006.
3. ANDREA LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, 2007.
4. BEATRICE SERRA, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, 2007.
5. GIANLUCA BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, 2007.
6. LUIGI COLACINO CINNANTE, *Pubblica amministrazione e trasformazioni dell'ordinamento*, 2007.
7. G. CASSANDRO - A. LEONI - F. VECCHI (a cura di), *Arturo Carlo Jemolo. Vita ed opere di un italiano illustre. Un Professore dell'Università di Roma*, 2007.
8. ROBERTA CALVANO (a cura di), *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, 2007.
9. LAURA RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, 2007.
10. VINCENZO CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, 2007.
11. FABIO FRANCESCHI, *La condizione degli enti ecclesiastici in Italia nelle vicende politico-giuridiche del XIX secolo*, 2007.
12. SILVIA SEGNALINI, *L'editto Carboniano*, 2007.
13. VINCENZO MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*. Prefazione di Augusto Cerri, 2008.
14. PAOLA COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, 2008.
15. MAURA GARCEA, *I gruppi di società di persone*, 2008.
16. FRANCO MODUGNO - PAOLO CARNEVALE (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. IV. Ancora in tema di fonti del diritto e rapporti Stato-Regione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, 2008.
17. MARCO GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, 2008.
18. GIUSEPPE CRICENTI, *I diritti sul corpo*, 2008.
19. DONATELLA BOCCHESI, *L'ipoteca sulla nave in costruzione*, 2008.
20. ELEONORA RINALDI, *Legge ed autonomia locale*, 2008.
21. LUCIA GIZZI, *Il getto pericoloso di cose*, 2008.
22. GIANLUCA CIAMPA, *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, 2008.
23. ROMOLO DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, 2008.
24. ELENA TASSI SCANDONE, *Leges Valeriae de provocatione. Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, 2008.
25. ALESSANDRO ZAMPONE, *Il rischio dell'impossibilità della prestazione nel contratto di passaggio*, 2008.

26. FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, 2008.
27. VALERIO MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, 2008.
28. LUIGI PRINCIPATO, *La pubblicità commerciale. Fondamento costituzionale e limiti*, 2008.
29. MASSIMILIANO PACIFICO, *Il danno nelle obbligazioni*, 2008.
30. FRANCO MODUGNO (a cura di), *Attuazione e integrazione della Costituzione*, 2008.
31. LEOPOLDO TULLIO (a cura di), *Nuovi profili di responsabilità e di assicurazione nel diritto aeronautico - Nuevos enfoques de la responsabilidad y del seguro en el derecho aeronáutico*, 2009.
32. ANDREA BARTOCCI, *Ereditare in povertà. Le successioni a favore dei Frati Minori e la scienza giuridica nell'età avignonese (1309-1376)*, 2009.
33. GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Francesco Santoro-Passarelli e l'autonomia collettiva. Prima e dopo*, 2009.
34. DANIELE PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, 2009.
35. ROBERTA PELEGGI, *La compensazione: profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, 2009.
36. BERARDINO LIBONATI (a cura di), *Giuseppe Ferri e il legislatore*, 2009.
37. ALESSANDRA MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, 2009.
38. EMILIANO MARCHISIO, *Usi alternativi del gruppo di società. La regolazione dei gruppi tra disciplina del «governo» delle società e diritto settoriale delle imprese*, 2009.
39. AA.VV., *Studi in memoria di Gian Antonio Micheli*, 2010.
40. INES CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, 2010.
41. DOMENICO MEZZACAPO, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, 2010.
42. ALESSANDRO ODDI, *Il «giusto processo» dinanzi alla Corte dei conti*, 2010.
43. NICOLA VICECONTE, *La forma di governo nelle regioni ad autonomia ordinaria. Il parlamentarismo iper-razionalizzato e l'autonomia statutaria*, 2010.
44. GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, 2010.
45. MARIA CHIARA GERMANI, *La tutela penale delle dichiarazioni «testimoniali» rese nel corso di un procedimento penale*, 2010.
46. ROBERTA APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, 2010.
47. LINDA CERASO, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza «limitata». Profili interni, comunitari e internazionali*, 2010.
48. LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI, *Scritti scelti*, 2010.
49. SILVIA SPINACI, *Libertà di circolazione, cittadinanza europea, principio di eguaglianza*, 2011.
50. IRENE SIGISMONDI, *Il principio del buon andamento tra politica e amministrazione*, 2011.
51. BARBARA MASTROPIETRO, *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, 2011.
52. ROMOLO DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, 2011.

ROMOLO DONZELLI

L'AZIONE DI CLASSE
A TUTELA DEI CONSUMATORI



JOVENE EDITORE
NAPOLI 2011

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2011

ISBN 978-88-243-2041-2

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli - Italia
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

*a Nico,
che sa rendere banale
ogni altra cosa*

Un sentito ringraziamento agli studenti del corso di Teoria generale del processo della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata: Fabrizio De Risio, Fedora Fratini, Giulia Marinelli, Enrico Picozzi, Giorgio Pretsch.

INDICE

<i>Premessa</i>	p. XV
-----------------------	-------

CAPITOLO PRIMO

DALL'AZIONE INDIVIDUALE ALL'AZIONE DI CLASSE

1. Premessa	» 1
2. La tradizione: la tutela giurisdizionale degli interessi individuali ...	» 3
3. Le occasioni mancate: la tutela giurisdizionale degli interessi sovraindividuali	» 10
4. Le nuove prospettive: la tutela giurisdizionale collettiva risarcitoria	» 17
5. Le differenze tra la tutela giurisdizionale individuale e la tutela giurisdizionale collettiva risarcitoria	» 20
5.1. I profili funzionali della tutela collettiva risarcitoria	» 20
5.2. I profili strutturali essenziali della tutela giurisdizionale di classe	» 28
5.2.1. In generale	» 28
5.2.2. Il carattere rappresentativo dell'azione	» 30
5.2.3. La natura selettiva del giudizio e la variabilità del suo oggetto	» 33
5.2.4. Il ruolo del giudice nel processo	» 36
5.3. Osservazioni conclusive	» 38
6. Verso l'azione di classe	» 39
6.1. Il nuovo art. 140- <i>bis</i> c. cons.	» 39
6.2. Azione di classe, azione di gruppo o azione collettiva risarcitoria?	» 47
6.3. Il contesto culturale italiano	» 51

CAPITOLO SECONDO

LA TITOLARITÀ DEL POTERE DI AZIONE

1. Premessa	» 55
-------------------	------

2. La titolarità del potere di azione	p.	57
2.1. Premessa	»	57
2.2. Sostituzione processuale?	»	62
2.3. Concorso di azioni o azione unica plurisoggettiva?	»	64
2.4. Conclusioni: l'art. 140- <i>bis</i> c. cons. non prevede un regime di legittimazione ad agire propriamente individuale	»	66
2.5. L'art. 140- <i>bis</i> c. cons. prevede una azione in titolarità della classe stessa	»	71
2.5.1. La legittimazione ad agire di classe	»	71
2.5.2. Il proponente come rappresentante della classe.....	»	74
2.5.3. Il rapporto tra l'aderente e il proponente.....	»	78
2.5.4. La posizione processuale dell'aderente	»	85
3. L'intervento	»	92
4. Conclusioni	»	95

CAPITOLO TERZO

IL CONTROLLO DEL GIUDICE SULL'AZIONE

1. Premessa	»	100
2. La natura e la funzione del giudizio di ammissibilità della domanda di classe	»	100
2.1. La ricerca di una funzione comune ai «giudizi» di ammissibilità della domanda	»	100
2.2. La maggiore complessità funzionale del giudizio di ammissibilità della domanda <i>ex art.</i> 140- <i>bis</i> c. cons.	»	106
2.3. Il dato strutturale-procedimentale comune ai giudizi di ammissibilità dell'azione.....	»	109
2.4. Le diverse soluzioni tecniche adottate sul piano procedimentale nei giudizi di ammissibilità dell'azione.....	»	112
2.5. Conclusioni sulla natura e sulla funzione del giudizio di ammissibilità <i>ex art.</i> 140- <i>bis</i> c. cons.	»	116
2.5.1. La natura giurisdizional-volontaria del controllo sull'azione esercitato nella fase di ammissibilità	»	116
2.5.2. In particolare riferimento all'ordinanza di ammissibilità	»	117
2.5.3. In particolare riferimento all'ordinanza di inammissibilità	»	123
3. Le condizioni di ammissibilità della domanda di classe	»	126
3.1. In generale	»	126
3.2. Le condizioni di ammissibilità esplicite	»	131
3.2.1. La manifesta infondatezza della domanda	»	131

3.2.2. L'«identità» dei diritti individuali dei consumatori	p. 134
3.2.3. Il conflitto di interessi	» 137
3.2.4. L'adeguata rappresentatività	» 140
3.2.4.1. La funzione	» 140
3.2.4.2. I criteri per valutarla	» 146
3.2.4.2.1. Le indicazioni che provengono dalla pregressa esperienza in materia di in- teressi collettivi	» 146
3.2.4.2.2. Le indicazioni che provengono dalle esperienze straniere	» 152
3.2.4.2.3. Conclusioni	» 154
3.3. Le condizioni di ammissibilità implicite	» 163
3.3.1. In generale	» 163
3.3.2. Le condizioni non nominate nella norma e non legate alla natura della controversia	» 164
3.3.2.1. Il rispetto dell'ambito di applicazione	» 164
3.3.2.2. L'appartenenza del consumatore proponente alla classe	» 166
3.3.3. Le condizioni non nominate nella norma e legate alla natura della controversia	» 168
3.3.3.1. L'interesse ad agire in via collettiva	» 168
3.3.3.2. Il numero dei consumatori appartenenti alla classe ed altre valutazioni	» 172
3.3.3.3. Il numero degli aderenti	» 178
3.3.4. Conclusioni	» 180
3.4. Il controllo dinamico delle condizioni di ammissibilità	» 183
3.4.1. Riguardo alla manifesta infondatezza	» 183
3.4.2. Riguardo al requisito di identità	» 183
3.4.3. Riguardo al conflitto di interessi e all'adeguata rappre- sentatività	» 185

CAPITOLO QUARTO

I DIRITTI TUTELABILI «ATTRAVERSO» L'AZIONE DI CLASSE

1. Premessa	» 195
1.1. Il fondamento dell'azione di classe: le questioni comuni	» 197
1.2. Il punto critico dell'azione di classe: le questioni differenziate o personali	» 200
2. L'oggetto del giudizio nella precedente versione dell'art. 140- <i>bis</i> c. cons.	» 202

3.	I c.d. diritti individuali omogenei	p. 206
3.1.	Prima individuazione dei dati positivi rilevanti: l'ambito di applicazione e il requisito di «identità»-«omogeneità»	» 206
3.2.	Un primo problema: «identità» oppure «omogeneità»?	» 209
3.2.1.	Dalla identità-omogeneità dei diritti alla identità-omogeneità delle fattispecie	» 209
3.2.2.	«Identità» (intesa come «identità totale»), oppure «omogeneità» (intesa come «identità parziale»)?	» 212
3.2.3.	La prevalenza dell'«omogeneità», intesa come «identità parziale» all'interno della sistematica del nuovo art. 140- <i>bis</i> c. cons.	» 216
3.3.	Un secondo problema: con quale rigore intendere la relazione di identità?	» 218
3.3.1.	Apprezzamento seriale e fatto collettivo	» 218
3.3.2.	Il nesso di causalità	» 230
3.4.	Un terzo problema: quale grado di disomogeneità non esclude la tutela di classe?	» 236
3.4.1.	Considerazioni introduttive	» 236
3.4.2.	Le indicazioni che ci provengono dalle esperienze straniere	» 237
3.4.3.	I dati esegutici rilevanti	» 245
3.4.4.	Il giudizio di classe esclude l'accertamento autoritativo delle questioni differenziate	» 249
3.4.	Conclusioni: la nozione di diritti individuali omogenei	» 257
4.	Ulteriori approfondimenti	» 258
4.1.	Le conseguenze che deriverebbero dall'apertura del giudizio di classe alle questioni differenziate	» 258
4.2.	Il ruolo delle questioni differenziate nella valutazione di appartenenza dell'aderente alla classe	» 268

CAPITOLO QUINTO

DALL'OGGETTO AGLI EFFETTI DEL GIUDIZIO

1.	Cornice dogmatica	» 277
2.	Principio della domanda e principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato	» 281
2.1.	Nei rapporti tra giudice e proponente	» 281
2.2.	Nei rapporti tra giudice e aderenti	» 284
2.3.	Il potere di formazione delle sottoclassi	» 287
3.	I limiti oggettivi e soggettivi dell'efficacia di accertamento	» 291
3.1.	La condanna del convenuto al pagamento delle somme	» 292

3.2. L'accertamento della responsabilità	p. 297
3.2.1. Considerazioni introduttive	» 297
3.2.2. La sua astratta ammissibilità	» 297
3.2.3. La natura della sentenza dichiarativa della responsabilità	» 308
3.2.3.1. Considerazioni introduttive	» 308
3.2.3.2. Il parallelo con la condanna generica	» 311
3.2.4. L'ammissibilità della sentenza dichiarativa della responsabilità come sviluppo patologico del processo	» 319
3.2.5. Le questioni accertate dalla sentenza dichiarativa della responsabilità	» 320
3.3. La condanna provvisoria	» 327
3.4. Conclusioni	» 328
4. I limiti oggettivi e soggettivi dell'effetto consumativo del potere di azione	» 330
5. Il rapporto tra l'azione collettiva inibitoria e l'azione collettiva risarcitoria di classe	» 336
5.1. Premessa	» 336
5.2. L'azione collettiva inibitoria dopo l'introduzione dell'azione di classe	» 339
5.3. Gli ostacoli al <i>simultaneus processus</i>	» 346
5.4. Conclusioni	» 351
Indice degli autori citati	» 353
Indice analitico	» 359

PREMESSA

Il presente volume è dedicato allo studio dell'azione di classe a tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori.

Il piano dell'indagine si articola in cinque capitoli ed è diretto, salvo i profili più schiettamente procedurali, all'esame della disciplina dell'art. 140-*bis* c. cons. con particolare riferimento alla natura, all'oggetto e agli effetti dell'azione.

Il primo capitolo è dedicato all'esame sistematico delle differenze che intercorrono tra l'azione di cognizione individuale e l'azione di cognizione di classe.

Qui sono esaminati i tratti funzionali e strutturali che appartengono ai due distinti istituti, nel tentativo di porre in evidenza la necessità di avvicinarsi al nuovo rimedio con una rinnovata sensibilità interpretativa e metodologica.

Il secondo capitolo riguarda i soggetti dell'azione ed il regime di legittimazione ad agire, con particolare attenzione alla figura del proponente, a quella degli aderenti, nonché al rapporto che intercorre tra questi e la classe.

Il terzo capitolo affronta lo studio dell'elemento strutturale centrale del procedimento, ovvero il giudizio di ammissibilità della domanda e ciò nel preciso tentativo di comprendere la natura dei poteri ivi esercitati dal giudice.

Nel quarto capitolo viene esaminata la natura dei diritti tutelati nel nuovo procedimento, soffermando l'attenzione sul rapporto che sussiste tra omogeneità ed identità in due separate direzioni: in primo luogo, si cerca di comprendere quale dei due termini prevalga sull'altro all'interno della sistematica della nuova azione; in secondo luogo, ritenuto prevalente il carattere dell'omogeneità, inteso come identità (eventualmente) parziale,

si esclude che di regola le questioni che richiedono un'istruzione individualizzata entrino nel processo per essere accertate con efficacia di giudicato.

Nel quinto capitolo, infine, le considerazioni svolte in precedenza trovano la loro conferma sul piano degli effetti del procedimento e del contenuto delle pronunce ivi rese in caso di accoglimento della domanda.

Senza voler entrare nel merito della riflessione svolta, si può sin d'ora anticipare che il presente lavoro muove da una considerazione ricostruttiva centrale: l'art. 140-*bis* c. cons. non introduce una nuova azione individuale spettante al singolo consumatore proponente, ma un potere di azione giudiziale che appartiene alla classe stessa.

La particolarità del nuovo procedimento giurisdizionale risiede, dunque, nella semplificazione del giudizio, che si realizza – tanto sotto il profilo soggettivo, quanto sotto il profilo oggettivo – sfruttando l'ambivalenza concettuale che è propria della nozione di «classe»: soggetto unitario e plurimo al contempo.

Sul piano tecnico quest'operazione è resa possibile grazie all'attività processuale di cui è onerato il giudice in due separati momenti del giudizio, ovvero in punto di ammissibilità della domanda, nonché, poi, al momento di verificare l'appartenenza alla classe dei consumatori aderenti.

La classe, infatti, di per sé non può agire in giudizio, né è titolare di diritti.

In un primo momento, allora, occorre verificare che uno dei consumatori appartenenti alla classe – il proponente – sia in grado di condurre il processo a vantaggio della classe stessa, nonché verificare che il suo diritto sia rappresentativo – in quanto omogeneo – delle pretese che gli altri consumatori vantano nei confronti dell'imprenditore.

Se tale verifica ha esito positivo, il processo di classe è un processo utile e possibile.

Ciò significa che la particolare tecnica semplificatoria prevista dall'art. 140-*bis* c. cons. riesce in concreto a garantire la tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori nel rispetto dei prin-

cipi del giusto processo, nonché in termini efficienti riguardo agli obiettivi che il processo collettivo si pone: effettività, deterrenza e deflazione.

La seconda fase processuale, che, come detto, caratterizza il processo collettivo previsto dall'art. 140-*bis* c. cons., è infine costituita dalla verifica dell'appartenenza alla classe dei consumatori aderenti.

È in questa sede che il risultato di sintesi, ottenuto grazie al preliminare varo della domanda avanzata dal proponente, torna di nuovo alla sua dimensione soggettiva plurima ed originaria.

Accertato, infatti, il diritto del proponente, occorre poi estendere tale accertamento agli altri consumatori, verificando in concreto, ma mediante un controllo in punto di rito, l'appartenenza di questi alla classe e la loro effettiva possibilità di avvalersi – come recita il comma 3 dell'articolo – della tutela apprestata.

Ciò significa, in conclusione, che il processo di classe può essere logicamente diviso in tre fasi.

Una prima fase, quella costituita dal vaglio di ammissibilità, in cui viene svolto un sindacato in rito, teso a verificare la sussistenza delle condizioni che giustificano la trattazione e la decisione in forma rappresentativa.

Una seconda fase, di cognizione nel merito della controversia, in cui è svolta la trattazione e l'istruzione necessaria all'accertamento del modo di essere delle diverse questioni comuni e dunque all'accertamento del diritto del proponente.

Una terza ed ultima fase, nuovamente condotta *in rito*, diretta a verificare l'appartenenza alla classe degli aderenti, ovvero a ricondurre l'accertamento comune ai singoli aderenti secondo quanto previsto dal comma 14 dell'art. 140-*bis* c. cons., stando al quale «la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti».

Come vedremo nelle pagine che seguono, la nuova azione di classe è senz'altro uno strumento perfettibile.

Taluni tratti del rimedio richiedono un'attenta interpretazione sistematica per poter emergere chiaramente; e non mancano lacune che solo la penna del legislatore può colmare: si pensi alla disciplina delle spese o a quella dei giudizi di liquidazione.

Tuttavia le potenzialità del nuovo rimedio sono indubbie; come è indubbio il significativo passo avanti, che si è compiuto rispetto ai precedenti strumenti di tutela collettiva.

Spetta ora agli interpreti e agli operatori del diritto far fruttare appieno queste potenzialità e dare ai consumatori un nuovo strumento di tutela effettiva dei loro diritti.

CAPITOLO PRIMO

DALL'AZIONE INDIVIDUALE ALL'AZIONE DI CLASSE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tradizione: la tutela giurisdizionale degli interessi individuali. – 3. Le occasioni mancate: la tutela giurisdizionale degli interessi sovraindividuali. – 4. Le nuove prospettive: la tutela giurisdizionale collettiva risarcitoria. – 5. Le differenze tra la tutela giurisdizionale individuale e la tutela giurisdizionale collettiva risarcitoria. – 5.1. I profili funzionali della tutela collettiva risarcitoria. – 5.2. I profili strutturali essenziali della tutela giurisdizionale di classe. – 5.2.1. In generale. – 5.2.2. Il carattere rappresentativo dell'azione. – 5.2.3. La natura selettiva del giudizio e la variabilità del suo oggetto. – 5.2.4. Il ruolo del giudice nel processo. – 5.3. Osservazioni conclusive. – 6. Verso l'azione di classe. – 6.1. Il nuovo art. 140-*bis* c. cons. – 6.2. Azione di classe, azione di gruppo o azione collettiva risarcitoria? – 6.3. Il contesto culturale italiano.

1. *Premessa*

Se si osserva la parabola evolutiva che il tema delle azioni collettive ha segnato in Italia nell'arco di oramai quasi quarant'anni, è immediatamente percepibile il profondo condizionamento che su questa hanno operato le tradizionali concezioni del processo civile.

Negli anni Settanta del secolo scorso le prime riflessioni in argomento indicavano nella concezione individualistica del processo e più in generale del nostro sistema giuridico il vero limite ad un suo possibile adattamento alle esigenze che andavano emergendo nella società civile.

Successivamente, sempre queste concezioni hanno influito in profondità sulla conformazione dei rimedi di tutela collettiva

via via inseriti nel nostro ordinamento; rimedi in tutto e per tutto ricalcati sui diritti e sulle azioni a carattere individuale.

Ora, ad una certa distanza dal primo profilarsi di quel dibattito, la nuova azione di classe a tutela dei consumatori mette gli interpreti di fronte alla medesima necessità: superare le categorie e gli schemi di ragionamento tradizionali per sviluppare al meglio il nuovo rimedio.

Questa considerazione è ancor più vera se la si confronta con il quadro funzionale complesso entro cui occorre contestualizzare l'azione collettiva risarcitoria.

Infatti, diversamente dal potere di azione individuale e dalle azioni civili a tutela di interessi propriamente collettivi, l'azione risarcitoria di classe mira al conseguimento di obiettivi che sovente possono entrare in conflitto tra loro.

Ciò comporta la necessità che l'azione ed il procedimento che essa avvia siano concepiti ed interpretati con l'assoluta consapevolezza delle distanze che separano questo nuovo istituto processuale da quelli sino ad ora presenti nel nostro ordinamento.

Accogliendo, quindi, queste brevi riflessioni come premessa, il primo passo che l'interprete deve compiere nell'avvicinarsi all'azione di classe prevista dall'art. 140-*bis* c. cons. è costituito, ancor prima di affrontare la diretta esegesi delle nuove disposizioni, dalla delineazione di una chiara cornice entro cui contestualizzare il nuovo rimedio.

Solo comprendendo, infatti, a che serve l'azione di classe e quali siano gli obiettivi che si propone, nonché gli ostacoli che deve superare, si può leggere il significato più profondo del nuovo testo di legge.

Ma per far questo occorre anche ricordare da dove si parte, ovvero procedere ad una rapida ricognizione dei profili funzionali e strutturali tipici della tutela giurisdizionale degli interessi individuali. Solo procedendo in questa direzione, infatti, riesce ad emergere con maggior chiarezza la necessità di rispondere ai nuovi problemi con nuovi strumenti.

2. *La tradizione: la tutela giurisdizionale degli interessi individuali*

Riguardo all'ultimo profilo indicato, il discorso non può che muoversi su linee espositive essenziali vista la complessità di un argomento da sempre al centro di un dibattito assai intenso e perennemente in bilico tra profili di natura tecnica e implicazioni di ordine storico e ideologico.

Il punto di vista privilegiato per osservare il problema nella prospettiva di studio poc'anzi indicata è costituito dal verificare come la tutela giuridica degli interessi si strutturi in aderenza alla natura individuale dei medesimi.

La premessa da cui muovere è ovviamente costituita dall'apprezzamento normativo che l'ordinamento riserva a certi interessi di ordine materiale; apprezzamento che consiste, da un lato, nel ritenere tali interessi come individuali, cioè propri ed esclusivi di un soggetto, dall'altro, nel ritenere tali interessi come meritevoli di protezione giudica.

Quando questo avviene, sul piano sostanziale la tutela giuridica è apprestata mediante l'attribuzione di diritti soggettivi rimessi in titolarità esclusiva e nella piena disponibilità dei titolari degli interessi stessi.

Anche nel passaggio dal piano sostanziale al piano processuale, ovviamente, la natura individuale dell'interesse possiede parimenti una influenza particolarmente intensa, sebbene la riflessione scientifica abbia avuto sovente difficoltà ad apprezzarne con chiarezza i limiti¹.

¹ «Il processo, dato il suo ufficio di strumento costruito per l'attuazione del diritto sostanziale, si conforma diversamente secondo le diverse esigenze del suo oggetto» (p. 152), sicché la natura disponibile del diritto sostanziale da tutelare costituisce la «giustificazione logica» della natura dispositiva del processo civile (p. 149): così, CALAMANDREI, P., *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, in *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, I, Napoli, 1965, p. 145 ss.; v. anche ID., *Il processo inquisitorio e il diritto civile*, *ivi*, p. 415 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1941, p. 246. Cfr. la Relazione al Re per l'approvazione del testo del codice di procedura civile, n. 13, *Il principio dispositivo, proiezione nel processo del diritto soggettivo*.

I risultati di questo percorso hanno evidenziato come la tutela giurisdizionale di un interesse individuale dia luogo innanzitutto all'attribuzione – anche qui in via esclusiva – del potere di azione al titolare dell'interesse², ovvero al riconoscimento di una posizione monopolistica di potere circa l'instaurazione-prosecuzione del giudizio di cognizione, nonché riguardo alla determinazione del suo oggetto e dei suoi effetti.

Il processo «individuale» è dunque strettamente ossequioso del principio della domanda e del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato³ ed esclude le ipotesi in cui la tutela giuridica non sia voluta dal titolare dell'interesse, ovvero le ipotesi di iniziativa giurisdizionale ufficiosa⁴, nonché i casi di legittimazione straordinaria, nei quali la domanda di tutela può essere avanzata da coloro che, soggetti privati o pubblici, non sono titolari del diritto soggettivo sostanziale.

Le disposizioni che riconoscono questi principi sono gli artt. 2907 c.c., 99 e 112, nonché l'art. 81 c.p.c.; disposizioni da leggersi nella cornice costituzionale segnata in particolare dall'art. 24, comma 1, Cost.

Sul piano della tutela giurisdizionale, quindi, la natura individuale dell'interesse influisce sul profilo dell'attivazione del meccanismo di tutela, rimanendo fondamentalmente nell'oscuro

² Sulla configurazione dell'azione in termini di potere, sia consentito il rinvio al nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, p. 390; cfr. anche *infra*, cap. II, § 2.4.

³ Cfr. PROTO PISANI, A., *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, I, 2, Torino, 1973, p. 1046 ss.; CERINO CANOVA, A., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, II, 1, Torino, 1980, p. 3 ss.; CONSOLO, C., *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 72 ss.; VERDE, G., *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur. Trecc.*, XII, Roma, 1989.

⁴ Cfr., oltre agli scritti citati alla nota che precede, il lavoro di GRASSO, E., *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, 1967. Di recente la questione relativa ad una possibile iniziativa giurisdizionale ufficiosa si è nuovamente posta all'attenzione degli interpreti in materia fallimentare, cfr. ad es. App. Brescia, 7 ottobre 2009, e T. Tivoli, 6 aprile 2009, in *Corr. mer.*, 2010, p. 943 ss., con nota di FAVA, R., *La segnalazione dello stato di insolvenza al p.m. tra principio di terzietà e par conditum creditorum*.

le modalità con le quali tale meccanismo opera ed entro quali limiti⁵.

Entrati in questo secondo ambito l'influenza che la natura individuale dell'interesse possiede è minore e riemerge con forza l'essenza stessa del concetto di tutela giuridica⁶, che, su questo piano, è mirabilmente descritta dal principio secondo cui «il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto *tutto* quello e *proprio* quello ch'egli ha diritto di conseguire»⁷.

⁵ Per la distinzione tra questi due distinti profili, rimane imprescindibile la lettura del notissimo studio di CARNACINI, T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, II, Milano, 1951, p. 695 ss., dove viene puntualmente individuato il «principio fondamentale della dipendenza della tutela dalla volontà dell'interessato», la cui essenza «non è intrinseca al processo, appunto perché tale fenomeno va inquadrato all'origine, in senso logico, di ciascun ordinamento, cioè là dove i singoli interessi sostanziali ricevono il crisma giuridico e dove questo crisma viene modellato» (p. 744). Principio che, secondo Carnacini, comprende il «se» della tutela, nonché i «limiti» della stessa e che nel nostro ordinamento trova espresso riconoscimento agli artt. 2907, comma 1, c.c., 99 e 112 c.p.c. È interessante notare come Carnacini, riprendendo le osservazioni di Enrico Allorio (*Il pubblico ministero nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1941, I, p. 225 ss.) precisi che la deroga a tale principio può operare lungo diverse direttrici di svolgimento: o attribuendo l'azione al pubblico ministero o riconoscendo l'iniziativa giurisdizionale ufficiosa. In ogni caso, il mancato riconoscimento di una posizione esclusiva di potere circa l'instaurazione del giudizio dimostra che l'ordinamento accoglie una configurazione non individuale-esclusiva degli interessi sostanziali tutelati. È interessante notare come la tradizionale contrapposizione tra interessi individuali ed interesse pubblico abbia condotto la dottrina a dare poco rilievo ai casi in cui tale situazione di monopolio viene a perdersi non in ragione del riconoscimento del potere di azione ad un organo pubblico (pubblico ministero o giudice), ma per fenomeni di legittimazione ad agire plurima. Fenomeni che, indipendentemente dalla configurazione dogmatica che si ritenga preferibile, nascondono dei rapporti di interferenza tra interessi che di per sé escludono la natura individuale dell'interesse, o, come è più corretto dire, la natura esclusiva dell'interesse.

⁶ Ovvero, seguendo l'insegnamento di Jhering, la *sicurezza giuridica del soddisfacimento* dell'interesse; situazione che si verifica quando, all'interno degli infiniti interessi presenti in un corpo sociale, l'ordinamento ne seleziona taluni ritenendoli prevalenti rispetto ad altri al ricorrere di certe condizioni e conseguentemente pone in essere tutti gli strumenti che rendono possibile il soddisfacimento dei primi (JHERING, R., *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement - Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, Leipzig, traduzione francese di O. de Meulenaere, Paris, 1880, p. 326 e poi 337).

⁷ CHIOVENDA, G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 81. Rimarca con forza l'importanza del principio dell'ottica della tutela giurisdizionale effet-

Ciò significa, in primo luogo, che le utilità conseguibili mediante il processo sono le stesse («proprio quello...») conseguibili sul piano sostanziale; sicché, tornando al titolare dell'interesse individuale che ricorre al processo, è vero che questi ha un potere sull'instaurazione del giudizio e sulla determinazione del suo oggetto, ma tale monopolio rimane nei limiti della tutela giuridica riconosciuta dall'ordinamento al suo interesse.

Un profilo particolarmente significativo, come vedremo, risiede nel fatto che l'oggetto e gli effetti del giudizio individuale devono essere commisurati in termini soggettivi e oggettivi al modo d'essere del diritto soggettivo sostanziale⁸, sicché sussiste una perfetta coincidenza tra i destinatari degli effetti del provvedimento e titolari attivi e passivi della situazione giuridica controversa e vengono escluse le azioni volte a provocare l'accertamento autonomo di quelle questioni (di fatto o di diritto o di fatto/diritto) che di per sé non attribuiscono «beni della vita» già riconosciuti sul piano sostanziale⁹.

In secondo luogo anche il processo, quale strumento di tutela giuridica dell'interesse sul piano giurisdizionale, deve essere disciplinato congruamente rispetto alla sua specifica funzione.

In verità il discorso è particolarmente complesso, ma è in ogni caso legato al problema dei rapporti tra il giudice e le parti in punto di poteri processuali: da un lato, in riferimento al problema dell'allegazione dei fatti storici¹⁰, della ricerca delle fonti

tiva dei diritti PROTO PISANI, A., *Giuseppe Chiovenda nelle sentenze della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, I, Napoli, 2010, p. 219 ss., spec. p. 221 s.

⁸ Per tutti, v. MENCHINI, S., *Il giudicato civile*, Torino, 2002, p. 66 ss.

⁹ Più in generale, riguardo al giudicato sulle questioni, v. il recente lavoro di DALFINO, D., *Questioni di diritto e giudicato, Contributo allo studio dell'accertamento delle «fattispecie preliminari»*, Torino, 2008, *passim*; sempre in questa prospettiva, si inseriscono anche altre problematiche, tra cui quella relativa all'ammissibilità in via atipica dell'azione di mero accertamento riguardo a materie controverse non corrispondenti a diritti soggettivi; cfr., da ultimo, ROMANO, A., *L'azione di mero accertamento*, Napoli, 2006, p. 263 ss.; e si tenga, infine, presente anche il diverso problema della frazionabilità del credito, su cui, v., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. COSIGNANI, F., *Improprietà della domanda frazionata e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1495 ss.

¹⁰ Quanto indicato nel testo risponde ad una evidente esigenza di semplifica-

materiali di prova, nonché al problema dei poteri istruttori ufficiosi¹¹; dall'altro, in riferimento alla forme del rito processuale, ovvero in rapporto ai poteri che possono essere attribuiti al giudice o anche alle parti in ordine alla determinazione dell'itinerario processuale che conduce alla decisione¹².

zione, in quanto il tema relativo ai rapporti tra giudice e parti riguardo alla scelta dei fatti storici da prendere in considerazione ai fini della decisione è estremamente ampio e non mancano opinioni che hanno tentato di dedurre dalla natura disponibile del diritto soggettivo sostanziale anche un potere della parte in grado di vincolare la cognizione del giudice ai fatti specificamente allegati, ovvero anche nel caso in cui (in riferimento ai fatti costitutivi) tali fatti non siano individuatori (come nelle domande autodeterminate) o nel caso in cui (con particolare riguardo alle eccezioni) l'efficacia del fatto operi *ipso iure*, ovvero non sia subordinata all'iniziativa della parte. Per approfondimenti, v. CAVALLONE, B., *Principio dispositivo, fatti secondari e fatti «rilevabili ex officio»*, in *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, p. 99 ss.; MENCHINI, S., *Osservazioni critiche sul c.d. onere di allegazione dei fatti giuridici nel processo civile*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, III, *Diritto processuale, Processi civili*, Milano, 1993, p. 23 ss.; BUONCRISTIANI, D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile, Profili sistematici*, Torino, 2001, *passim*; da ultimo, FABIANI, E., *I poteri istruttori del giudice civile*, I, *Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli, 2008, 236 ss. È proprio l'incertezza sul fondamento positivo del divieto di utilizzazione del sapere privato da parte del giudice (art. 115 c.p.c., oppure art. 97 disp. att. c.p.c., oppure ancora art. 2697 c.c., ecc.), nonché l'incertezza riguardo la possibile utilizzazione, ai fini del decidere, dei fatti entrati nel processo senza una precisa e cosciente volontà della parte di porli a fondamento delle proprie domande o eccezioni (v. la definizione di allegazione in COMOGLIO, L.P., *Allegazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Torino, 1987, p. 272 ss.; nonché, BUONCRISTIANI, D., *L'allegazione dei fatti nel processo civile*, cit., p. 26), a costituire lo sfondo dogmatico della proposta di PROTO PISANI, A., *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 1 ss.; cfr. in particolare l'art. 0.9, secondo cui «il giudice non può utilizzare il proprio sapere privato formatosi fuori del processo per allegare al giudizio fatti principali, fatti secondari o fonti di prova. È fatto salvo il suo potere di utilizzare le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza, ma in tal caso deve provocare il preventivo contraddittorio delle parti su di esse»; nonché l'art. 0.10, secondo cui «i fatti sono allegati al processo, indipendentemente dalla parte cui giovano, tramite gli scritti difensivi delle parti, le dichiarazioni verbalizzate in udienza, le risposte date in sede di interrogatorio libero e le produzioni documentali. Essi sono allegati altresì tramite le risultanze istruttorie legittimamente acquisite al processo». Di recente, per il riconoscimento del principio di acquisizione nella prospettiva costituzionale del giusto processo, v. Cass., 9 giugno 2008, n. 15162.

¹¹ Di recente, sul tema, v. il lavoro di FABIANI, E., *I poteri istruttori del giudice civile*, cit., *passim*; nonché TARUFFO, M., *Sub art. 115*, in CARRATTA, A.-TARUFFO, M., in *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2011, p. 447 ss.

¹² Secondo il noto principio di legalità delle forme processuali, che secondo au-

In entrambe le direzioni ha avuto influenza una commistione di profili ingenerata da una non corretta individuazione dei limiti entro cui la disponibilità della tutela giuridica influisce sul piano processuale.

Riguardo al problema dei poteri allegativi e probatori, un primo risultato è stato, infatti, conseguito con la precisa correlazione del potere monopolistico della parte al diverso problema dell'instaurazione del processo e della determinazione del suo oggetto, ossia della richiesta stessa di tutela giurisdizionale, evidenziando, di contro, il rilievo meramente tecnico delle scelte legislative operate in riferimento alla distribuzione dei poteri tra giudice e parti in punto di allegazione dei fatti e di fonti materiali di prova, nonché riguardo all'assunzione dei mezzi di prova¹³.

Una successiva maturazione del dibattito ha peraltro fatto emergere la componente funzionale ed ideologica sottesa alle diverse e possibili scelte positive operate dal legislatore in riferimento alle questioni indicate¹⁴.

E così, anche di recente, si è riaccesa la disputa sui poteri istruttori del giudice in particolare riferimento alla funzione assegnata dal nostro ordinamento al processo civile¹⁵.

torevole dottrina avrebbe copertura costituzionale, specie dopo la modifica apportata al comma 2 dell'art. 111 Cost.: cfr. LANFRANCHI, L., «Pregiudizi illuministici» e «giusto processo» civile, in *Giusto processo civile e procedimenti sommari*, Torino, 2001, p. 1 ss., spec. p. 4 ss. e in *La roccia non incrinata*, Torino, 2004, spec. 494 ss.; ID., *Giusto processo: I) processo civile*, in *Enc. giur. Trec.*, XV, Roma, 2001; ID., «Giusto processo civile» e riforme costituzionali, in *La roccia*, cit., 579 ss.; PROTO PISANI, A., *Il nuovo art. 111 Cost. ed il processo civile*, in *Foro it.*, 2000, V, 242.; ID., *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 265 ss.; da ultimo, v. CARRATTA, A., *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 1, Milano, 2007, p. 877 ss. Per la dottrina contraria, v., per tutti, CHIARLONI, S., *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 1, Milano, 2008, p. 403 ss., spec. p. 410 ss.; ID., *Giusto processo, garanzie costituzionali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 129 ss., spec. p. 132 ss.

¹³ Cfr. ancora CARNACINI, T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, cit., spec. p. 759 ss.

¹⁴ Cfr., per tutti, LIEBMAN, E.T., *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 551 ss.

¹⁵ V. la recente ed intensa polemica sorta in occasione della pubblicazione del volume di TARUFFO, M., *La semplice verità, Il giudice e la ricostruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009; cfr., infatti, CAVALLONE, B., *In difesa della veriphobia (considerazioni ami-*

Mutatis mutandis, stesso discorso potrebbe essere fatto in riferimento alla disciplina delle forme processuali; e basti a tal proposito il ricordo del recente dibattito attorno all'opportunità di disciplinare il processo ordinario di cognizione secondo linee di politica del diritto comuni a quelle adottate in merito al processo societario, concepito come un processo in mano alle parti, come cosa di cui per l'appunto «disporre» a piacimento¹⁶.

A ben vedere, peraltro, sia in riferimento al primo ordine di questioni che in riferimento al secondo, una volta individuata e limitata l'influenza che la natura individuale dell'interesse spiega sugli strumenti di tutela giuridica dello stesso, è agevole verificare che la scelta operata dall'ordinamento circa la meritevolezza dell'interesse assorbe anche l'ulteriore profilo di quale sia lo scopo da assegnare al processo, che appare semplicemente come uno strumento particolare all'interno di un progetto di tutela in cui diritto materiale e diritto processuale risultano indistinguibili sotto il profilo funzionale.

In altri termini, il concetto stesso di tutela giuridica chiarisce che, se un certo interesse è ritenuto meritevole di protezione giuridica, allora c'è tutela ed il processo attraverso cui questa è resa non può che essere «giusto», in quanto il processo «giusto» è quello che sul piano strutturale risponde al meglio alla sua missione, cioè quella di rendere decisioni conformi alla promessa che l'ordinamento rivolge ai consociati sin dal riconoscimento dei diritti soggettivi sostanziali, ovvero quella di rendere decisioni «giuste»¹⁷.

chevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo), in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1 ss.; e la replica di TARUFFO, M., *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 995 ss.; nonché la critica di MONTELEONE, G., *Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1 ss.; ID., *Le idee confuse del Prof. Taruffo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1139 ss.; nonché l'ulteriore replica di TARUFFO, M., *Per la chiarezza di idee su alcuni aspetti del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 723 ss.

¹⁶ Su cui, per tutti, v. CARRATTA, A., *Commento agli artt. 1-18 del d.lgs. n.5/2003*, in *Il nuovo processo societario*, commentario diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2004, p. 17 ss.

¹⁷ È il noto tema della funzione del processo. Nella dottrina classica, una formalizzazione esplicita del problema ricorre ad es. in CALAMANDREI, P., *Processo e giustizia*,

Ovviamente così si risolve solo l'interrogativo concernente la funzione del processo e non trovano soluzione gli interrogativi di ordine dipendente legati a quali siano gli specifici strumenti tecnico-giuridici idonei, quanto meno in astratto, a garantire il migliore perseguimento dello scopo del processo.

Tuttavia quel che serviva al discorso portato avanti in questa sede era semplicemente comprendere come la disciplina dell'azione e del processo civile dipendano, da un lato, dalla natura individuale o meno dell'interesse tutelato e, dall'altro, dalla essenziale natura del fenomeno processuale, ovvero da una esigenza di coerenza interna in virtù della quale la disciplina del giudizio deve presentarsi come la più adeguata a fornire risposte di giustizia effettiva agli interessi sostanziali rimasti insoddisfatti.

3. *Le occasioni mancate: la tutela giurisdizionale degli interessi sovraindividuali*

Come si è osservato in altra sede lo stato di cose appena indicato inizia a mutare quando la tutela giuridica non è più rivolta verso la protezione di un interesse individuale riferibile in via esclusiva ad un soggetto (interesse individuale esclusivo), ma si prende cura di garantire il soddisfacimento di interessi imputabili a più soggetti.

Questo fenomeno può dar luogo a situazioni che sul piano quantitativo sono molto diverse l'una dall'altra, ma sul piano pu-

in *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 273 ss., spec. p. 282, secondo cui lo scopo del processo è «il più alto che possa esservi nella vita: e si chiama giustizia»; su cui v. le considerazioni di TROCKER, N., *Il rapporto processo-giudizio nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 968 ss. Tra le riflessioni più recenti, la relazione tra «giusto» processo e «giusta» decisione costituisce il fulcro attorno al quale ruota la riflessione di TARUFFO, M., *La semplice verità*, cit., *passim*; di recente, v. anche CHIARLONI, S., *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, cit., spec. p. 405 ss.; ID., *Giusto processo, garanzie costituzionali, giustizia della decisione*, cit., spec. p. 144 ss. In una prospettiva comparatistica, v. le riflessioni svolte nel nostro *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di case management giudiziale*, in *Davanti al giudice, Studi sul processo societario*, a cura di L. Lanfranchi e A. Carratta, Torino, 2005, p. 515 ss.

ramente formale sono identiche e contrassegnate dal seguente essenziale dato strutturale: un certa situazione, un certo bene giuridico, l'osservanza di un unico obbligo, realizza il soddisfacimento di più interessi e questi interessi, per la relazione logica che li lega, sono interessi *concorrenti*, in quanto concorrono verso il medesimo risultato, e sono *compatibili*, in quanto il soddisfacimento dell'uno non esclude il soddisfacimento dell'altro.

Nel nostro ordinamento processuale tradizionale queste situazioni sono a carattere eccezionale e danno luogo a processi plurisoggettivi che in gran parte ricalcano, come puntualmente osservato, il processo individuale bilaterale¹⁸.

A partire dagli anni Settanta la riflessione giuridica ha dovuto prendere atto di fenomeni sociali in cui l'ampiezza dei soggetti interessati andava assumendo proporzioni prima sconosciute.

Dal punto di vista formale i nessi strutturali tra i distinti interessi sostanziali erano i medesimi, quel che cambiava era il fattore quantitativo.

La strada prevalentemente seguita per spiegare questi interessi a carattere sovraindividuale¹⁹ è stata quella di accostare queste situazioni a cose già note, ovvero, da un lato, agli interessi di categoria dei lavoratori, cioè agli interessi collettivi, oppure, dall'altro, agli interessi generali indifferenziati, cioè agli interessi diffusi.

La scienza processualciviltistica, sulla scia di una generale presa di consapevolezza della necessità di rileggere ed adattare le categorie concettuali di derivazione giusnaturalistica, ha da subito rilevato l'opportunità di concepire un processo adeguato alla tutela di questi interessi sovraindividuali

¹⁸ Per tutti, v. DENTI, V., *La giustizia civile*, Bologna, 1989, p. 114 ss. Per ulteriori indicazioni ed approfondimenti, v. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 185 ss.

¹⁹ Secondo la definizione più lata offerta da PROTO PISANI, A., *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi* (Atti del convegno di Pavia, 11-12 giugno, 1974), Padova, 1976, p. 263 ss.

Senza entrare nell'analisi di un dibattito altrove percorso²⁰, gli istituti del processo che più degli altri manifestavano i propri limiti strutturali erano i seguenti:

a) da un lato, il regime di legittimazione ad agire, che doveva estendersi al fine di garantire un massimo accesso al giudizio;

b) dall'altro, l'efficacia della sentenza e del giudicato, che doveva per l'appunto adeguarsi alla natura sovraindividuale del conflitto di interessi.

Ve ne erano ovviamente molti altri, ma i due indicati erano i profili di primo ordine, la cui disciplina doveva aderire per il principio di strumentalità alla natura della controversia, e dai quali dovevano poi discendere una serie di ulteriori adattamenti all'ordinario regime degli istituti processuali.

Per ragioni storiche, culturali ed ideologiche, i suggerimenti proposti non ricevettero adeguato riconoscimento sul piano positivo ed al contempo l'accostamento istintivo degli interessi sovraindividuali agli interessi collettivi e agli interessi pubblici indusse ampi settori della scienza giuridica nostrana a dogmatizzare le situazioni ora indicate dando luogo a due fondamentali risultati:

a) sul piano delle nozioni andò cristallizzandosi la contrapposizione tra interessi collettivi ed interessi diffusi;

b) sul piano legislativo la protezione giuridica di tali interessi, diversamente da quanto indicato dalla dottrina più avvertita, seguì il modello che il nostro ordinamento già conosceva per le due figure che si pensava fossero più vicine ai nuovi interessi: come detto, l'interesse collettivo dei lavoratori, da un lato, e l'interesse generale di tutti i cittadini, dall'altro.

Ecco allora che il nostro legislatore è andato via via introducendo nel nostro ordinamento diversi rimedi di tutela giurisdizionale collettiva tutti legati dallo stesso, dannoso, modo di vedere il problema:

a) l'interesse sovraindividuale, che è di tutti e di nessuno al contempo, va soggettivato in capo ad un ente esponenziale;

²⁰ V. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 142 ss.

b) avvenuta tale soggettivazione, l'interesse, sovraindividuale che era, diviene un interesse proprio dell'ente;

c) tale interesse, tradotto nel linguaggio delle situazioni giuridiche soggettive, è un diritto soggettivo dell'ente stesso;

d) il processo a tutela di quell'interesse è lo stesso identico processo che il nostro ordinamento prevede per la tutela degli interessi individuali senza necessità di introdurre un particolare regime della legittimazione ad agire o una specifica disciplina degli effetti della sentenza.

E così, il procedimento di repressione della condotta antisindacale ha costituito il primo vero rimedio civilistico apprestato per la tutela di interessi sostanziali di dimensione ultra-individuale²¹.

Dopo qualche anno il fronte della tutela collettiva ha cercato di estendersi all'ambito antidiscriminatorio²².

Più tardi, anche il bene ambiente, bene collettivo per eccellenza, ha trovato un suo primo strumento di tutela con l'azione di risarcimento del danno ambientale²³.

Negli anni Novanta, poi, da una parte, si è avviata la novellazione e l'ampiamiento dei rimedi collettivi antidiscriminatori²⁴,

²¹ Cfr. DENTI, V., *Relazione introduttiva*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi* (Atti del convegno di Pavia, 11-12 giugno, 1974), Padova, 1976, p. 7 ss. (pubblicata anche in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 533 ss.); cfr. anche PROTO PISANI, A., *Il procedimento di repressione dell'attività antisindacale*, in *Studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1976, p. 13 ss., pubblicato anche in *Foro it.*, 1973, V, p. 57 ss.; TROCKER, N., *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur. Trec.*, Roma, 1989, XVII, p. 3.

²² In questo senso, seppur timidamente, v. la l. 9 dicembre 1977, n. 903. Per indicazioni bibliografiche e per una riflessione sulla natura dei rimedi che nel testo sono meramente indicati, sia consentito il rinvio al nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit.; e più sinteticamente nella voce *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur. Trec.*, Roma, 2007.

²³ Cfr. l'art. 18 della l. 8 luglio 1986, n. 349.

²⁴ L'avvio della ristrutturazione in chiave collettiva della tutela antidiscriminatoria ha origine con la legge sulle azioni positive in materia di parità di trattamento tra uomini e donne, ovvero la l. 10 aprile 1991, n. 125, a cui faranno seguito, su sollecitazione comunitaria, una serie di diversificati provvedimenti volti a perfezionare e completare la tutela giuridica apprestata: il d.legisl. n. 196/2000, il d.legisl. n. 145/2005 e poi il d.legisl. n. 198/2006, cioè il Codice delle pari opportunità. In relazione ad altri fattori di rischio discriminazione, v. i d.legisl. nn. 286/98, 215/2003, 216/2003 e la l. n.

dall'altra, anche gli interessi dei consumatori hanno ricevuto una loro prima forma di tutela collettiva con l'azione inibitoria in materia di clausole abusive e poi con un'azione inibitoria a carattere generale²⁵.

Questo percorso, caratterizzato da un profondo iato tra effettive esigenze di tutela e strumenti giuridici apprestati, è stato facilitato dal fatto che, in prevalenza, gli strumenti di tutela collettiva erano costituiti da azioni collettive inibitorie, ovvero azioni volte alla condanna della parte passiva a tenere per il futuro un comportamento di astensione a tutela dell'interesse indifferenziato di più soggetti; rarissimamente – invece – il legislatore si è posto il problema di rispondere in chiave riparatoria collettiva all'avvenuta lesione di beni a rilevanza sovraindividuale.

Questo, ad esempio, si è verificato in materia ambientale, ma la natura sovraindividuale e plurisoggettiva della lesione è stata annichilita seguendo la stessa logica poc'anzi indicata, ovvero mediante la diretta pubblicizzazione del bene tutelato²⁶.

Si è detto: l'interesse diffuso alla tutela dell'ambiente, nel suo essere anch'esso di tutti e di nessuno, è preso in cura dallo Stato ed il diritto al risarcimento del bene collettivo spetta allo Stato stesso.

67/2006. Per approfondimenti sul tema, sia consentito il rinvio al nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 601 ss. In particolare riferimento alla discriminazione per ragioni di sesso, v. da ultimo BARBERA, M., *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro: I) Profili sostanziali*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 2008; DONZELLI, R., *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro: I) Profili processuali*, *ivi*.

²⁵ Ci riferiamo all'art. 1469-*sexies* c.c. introdotto con la l. 6 febbraio 1996, n. 52.

²⁶ Si rivela decisamente ampio, complesso e ricco di sfumature il dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha interessato la ricostruzione della tutela civile e amministrativa del bene ambiente. Possiamo in breve osservare che la costante difficoltà di sganciarsi dai tradizionali canoni ricostruttivi e dogmatici ha indotto buona parte della dottrina ad avallare e supportare le scelte di normazione positiva avanzate dal legislatore in materia mediante ricostruzioni pubblicistiche del bene ambiente, relegando – così – il cittadino in una posizione assolutamente secondaria ed accentrando gli strumenti di tutela in mano allo Stato. Per approfondimenti, v. *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 675 ss.

Questa lettura semplificatoria e falsificante ha trovato terreno fecondo nelle scelte legislative portate avanti prima con la l. n. 349/86 e poi con il d.legisl. n. 152/2006; scelte legislative che hanno a più riprese ridotto la pretesa collettiva alla reintegrazione del bene offeso ad un tradizionale diritto al risarcimento di spettanza statale.

Negli altri ambiti poc'anzi indicati, qualche tentativo di estendere la tutela collettiva nella direzione restitutoria o risarcitoria è stato fatto, prima, in materia di procedimento per la repressione della condotta antisindacale²⁷ e, poi, in materia di tutela dei consumatori²⁸.

In entrambi i casi la dottrina ha plausibilmente cercato di intendere in senso estensivo l'azione di rimozione degli effetti che il nostro legislatore predispone a completamento della tutela inibitoria, ritenendo, per l'appunto, che per tale strada fosse possibile ottenere la condanna al risarcimento dei danni prodotti dalla condotta antiggiuridica.

Tuttavia questa impostazione, ragionevole sotto ogni profilo, esegetico, sistematico, costituzionale, non ha ricevuto l'avallo della giurisprudenza, che ha sempre stroncato tale lettura con diverse ragioni, ma soprattutto attraverso il ripetuto uso del principio dell'ontologica distinzione tra interesse collettivo e interesse individuale²⁹.

²⁷ È questa l'opinione sostenuta anche da chi scrive in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 810 ss.

²⁸ Cfr. DE SANTIS, A.D., *Questioni in tema di tutela inibitoria collettiva, misure «ripristinatorie» e reintegrazione patrimoniale in favore dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2800 ss.; nonché le riflessioni già svolte nel nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 810 ss.

²⁹ Questa convinzione si è radicata in Italia per adesione alle pronunce della Cassazione emesse in materia di procedimento per la repressione della condotta antisindacale: cfr. in particolare Cass., S.U., 6 maggio 1972, n. 1380, in *Riv. giur. lav.*, 1972, II, p. 945; Cass., 24 maggio 1976, n. 1050, in *Giur. it.*, 1976, p. 477, con nota critica di TARUFFO, M., *Competenza e procedimento per l'opposizione ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori*; in *Mass. giur. lav.*, 1976, p. 220, con nota di GARBAGNATI, E., *Ancora sulla pretesa abrogazione tacita dell'art. 28, terzo comma, legge 20 maggio 1970, n. 300*, cit., p. 733 ss. In materia di consumatori, v., in particolare, MINERVINI, E., *La tutela collettiva dei consumatori in materia contrattuale*, in *I contratti dei consumatori*, t. 1, a cura

E quindi: l'azione inibitoria tutela gli interessi collettivi; questi ultimi sono differenti dagli interessi individuali; i giudizi collettivi inibitori, a tutela dei primi, non possono ottenere provvedimenti di condanna al pagamento di somme a titolo di risarcimento degli interessi individuali lesi.

Ciò significa che, nonostante di tutela giurisdizionale collettiva si parli da tempo, l'ideazione di un'azione collettiva e di un processo collettivo volto ad ottenere anche pronunce di condanna a diretto ristoro dei danni subiti da ampie classi di soggetti pregiudicati rappresenta un problema piuttosto recente; problema che si è posto seriamente in materia di consumatori sull'onda dei noti e celebri collapsi finanziari che grande ripercussione hanno avuto sul mercato e sull'opinione pubblica, inducendo – così – il parlamento ad avviare un processo di riforma che ha dato frutto solo per un puro vezzo della sorte, ovvero per «colpa» di un parlamento che per errore ha spinto il pulsante sbagliato³⁰.

di E. Gabrielli e E. Minervini, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, 2005, p. 507.

³⁰ Ampia è la letteratura volta all'esame dell'articolato itinerario legislativo che ha condotto all'approvazione dell'art. 140-bis c. cons.: cfr. CONSOLO, C., *Fra nuovi riti civili e riscoperta delle «class action», alla ricerca di una «giusta» efficienza*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 565 ss.; ID., *Una strategia per l'efficienza giurisdizionale come base del «giusto» processo civile anche «collettivo»*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 655 ss.; COSTANTINO, G., *Note sulle tecniche di tutela collettiva (disegni di legge sulla tutela del risparmio e dei risparmiatori)*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1009 ss. (ma anche ID., *La tutela dei risparmiatori: i nuovi orizzonti della tutela collettiva*, in *Società*, 2005, p. 325 ss.); FAVA, P., «Class action»: «Paese che vai, usanza che trovi» (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge n. 3838 e n. 3839), in *Corr. giur.*, 2004, p. 397 ss.; CARRATTA, A., *Dall'azione collettiva inibitoria a tutela di consumatori e utenti all'azione collettiva risarcitoria: i nodi irrisolti delle proposte di legge in discussione*, in *Giur. it.*, 2005, p. 662 ss.; CHIARLONI, S., *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 385 ss.; GIUSSANI, A., *Il consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2005, p. 525 ss.; ID., *Prospettive di riforma per le azioni collettive*, in *Quest. giust.*, 2005, p. 366 ss.; MARINUCCI, E., *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 125 ss.; MEZZASOMA, L., *Tutela del consumatore ed accesso alla giustizia: introduzione della «class action»*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 776 ss.; RESCIGNO, M., *L'introduzione della «class action» nell'ordinamento ita-*

4. *Le nuove prospettive: la tutela giurisdizionale collettiva risarcitoria*

Come dimostrato dal dibattito europeo ed internazionale³¹, peraltro, la tutela collettiva risarcitoria non solo rappresenta un tema con cui il mercato deve necessariamente fare i conti, ma

liano. Profili generali, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 407 ss.; CHIARLONI, S., *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 567 ss.; DE SANCTIS, A.D., *I disegni di legge italiani sulla tutela degli interessi collettivi e il «Class Action Fair Act of 2005»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 601 ss.; DE SANCTIS, A.D.-FORMICHELLI, D., *Tabella riepilogativa dei progetti di legge in discussione in Parlamento*, in *Le azioni collettive in Italia*, Padova, 2007, a cura di C. Belli, p. 239 ss.; GIUGGIOLI, P.F., *Class action e azione di gruppo*, Padova, 2006; MARENGO, R., *Garanzie processuali e tutela dei consumatori*, Torino, 2007, p. 168 ss.; PONCIBÒ, C., *La controriforma delle «class action»*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 124 ss.; RESTA, G., *Azioni popolari, azioni nell'interesse collettivo, «class actions»: modelli e prospettive di riforma in una recente riflessione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 332 ss.

³¹ Per un ampio panorama comparatistico sulla tematica, v. i contributi presentati alla Convegno internazionale *The Globalization of Class Actions*, in www.globalclassactions.stanford.edu; cfr. poi l'ampio ed accurato lavoro di MULHERON, R., *The Class action in Common Law Legal System, A Comparative Perspective*, Oxford, 2004; interessanti spunti si possono trarre dalla lettura dello studio *Transnational Group Actions*, presentato alla Conferenza dell'ILA di Rio de Janeiro, 17-21 agosto 2008. In lingua italiana, v. in particolare GIUSSANI, A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008; MARENGO, R., *Garanzie processuali e tutela dei consumatori*, Torino, 2007; cfr. anche GIORGETTI, A.-VALLEFUOCO, V., *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo, Profili di comparazione in tema di Azioni di Classe ed Azioni di Gruppo*, Milano, 2008. Interessanti spunti si ritrovano nei lavori dedicati alle nuove prospettive aperte dalla possibile introduzione di rimedi collettivi risarcitori all'interno dell'Unione Europea, su cui, v. TROCKER, N., *Class actions negli USA – e in Europa?*, in *Contr. impr. Eur.*, 2009, p. 178 ss.; BIAVATI, P., *Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1373 ss.; VIGORITI, V., *A Proposito del Libro Verde sulla tutela collettiva risarcitoria in Europa, Le prospettive italiane*, in www.judicium.it; ID., *L'azione risarcitoria di classe: sollecitazioni europee, resistenze italiane*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 280 ss.; FRIGNANI, A.-VIRANO, P., *Le class actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. econ. Assic.*, 2009, p. 5 ss. Cfr. anche RUSSEL, T.L., *Exporting Class Actions to The European Union*, 28 *B.U. Int'l L.J.* 141 (2010); *Class Actions in the European Union: Importing Lessons Learned from the United States' Experience into European Community Competition Law*, in 18 *Cardozo J. Int'l & Comp. Law* 123 (2010). In questa prospettiva, v. già CAPPALLI, R.B.-CONSOLO, C., *Class Action for Continental Europe?, A Preliminary Inquiry*, 6 *Temp. Int'l&Comp. L.J.* 217 (1992); CONSOLO, C., *Class action fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 609 ss.

rappresenta anche un tema di spessore tecnico-giuridico non indifferente.

Il giudizio collettivo risarcitorio, infatti, presenta profili problematici specifici rispetto alla tutela collettiva inibitoria.

Quest'ultima, come accennato, è volta alla reiterazione specificativa giudiziale di un obbligo di astensione posto a tutela di interessi collettivi in senso proprio, mentre la tutela collettiva risarcitoria ha una materia di accertamento che si diversifica nei distinti diritti al risarcimento che soddisfano interessi individuali esclusivi.

Nel giudizio collettivo inibitorio l'accertamento giudiziale – e la conseguente condanna – si riferisce ad *un solo* obbligo di astensione che grava sull'autore dell'illecito.

Nel giudizio collettivo risarcitorio, come meglio vedremo, l'accertamento ha ad oggetto una serie anche molto ampia di obblighi di risarcimento la cui fattispecie costitutiva può essere anche significativamente diversa l'una dall'altra.

Ragionando in chiave generale, ovvero prescindendo da un riferimento specifico ad un particolare «modello» di tutela collettiva risarcitoria, la questione che sopra alle altre segna il passaggio dalla tutela collettiva inibitoria alla tutela collettiva risarcitoria è il tendenziale e talora esponenziale incremento del grado di complessità che appartiene al giudizio collettivo.

Tale complessità non deriva solo da ragioni sostanziali, ovvero da ragioni che attengono alla disciplina giuridica che l'ordinamento ha predisposto per regolare certi fenomeni in termini di diritto materiale, ma anche da tipiche ragioni processuali³².

³² Come già rilevato (cfr. il nostro *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di case management giudiziale*, cit., p. 515 ss.) il problema della complessità processuale è divenuto da poco tempo oggetto di riflessioni in dottrina. In quella classica particolare rilievo al problema è dato da CARNELUTTI, F., *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Studi di diritto processuale*, IV, Padova, 1939, spec. p. 398; ID., *Carattere del nuovo processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1941, I, p. 35 ss., spec. p. 49. Di recente, ampi spunti derivano dallo studio dei modelli processuali stranieri, su cui, v. in particolare TROCKER, N., *Il processo civile in prospettiva comparatistica, recenti tendenze evolutive*, in *Rass. forense*, 2006, p. 1465 ss.; ID., *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei*

Ciò è dovuto al fatto che il giudizio collettivo risarcitorio, nel suo essere indirizzato a tutelare un ampio gruppo di diritti soggettivi al risarcimento o alla restituzione di somme di denaro, deve fare i conti con materie di accertamento costituite non solo dalle questioni che si pongono come *comuni* a tutti i diritti soggettivi da tutelare (ad esempio l'illecito che giustifica le diverse richieste, la condotta antigiuridica), ma anche dalle questioni *personali*, ed in quanto tali differenziate, che attengono alle specifiche e concrete vicende che completano il fondamento giuridico delle diverse pretese (appartenenza alla classe da parte di ciascun danneggiato, nesso di causalità, eccezioni personali, entità del danno patito o della somma dovuta, ecc.). E proprio il *numero* (eventualmente elevato rispetto alle quelle comuni) e la *qualità* (in particolare riferimento alla natura dell'istruzione probatoria) delle questioni personali rappresentano i due ordini di problemi che possono conferire al giudizio collettivo «proporzioni colossali»³³ sino a renderlo, come meglio vedremo, sostanzialmente svantaggioso rispetto agli obiettivi perseguibili.

Dalle rapide osservazioni appena avanzate ben si comprende una prima chiave di lettura di quanto sta accadendo nel nostro ordinamento: il periodo delle falsanti semplificazioni è finito. E l'art. 140-*bis* c. cons. ha senz'altro questo merito, ovvero quello di indurre gli studiosi e gli operatori del diritto a confrontarsi con la tutela collettiva con una nuova mentalità, cercando di fare ciò che a suo tempo non è stato fatto, cioè abbandonare l'idea che il giudizio collettivo vada trattato come un giudizio individuale.

e le riforme processuali, in *I poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, a cura di G. Scarselli, Napoli, 2010, p. 165 ss., spec. p. 172 ss. In argomento, v. anche GAMBA, C., *Diritto societario e ruolo del giudice*, Padova, 2008, spec. p. 399 ss.; CAPONI, R., *Processo civile e nozione di controversia «complessa»: impieghi normativi*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 136 ss.; De CRISTOFARO, M., *Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 282 ss.

³³ Riprendendo l'efficace espressione utilizzata da REDENTI, E., *La riforma dei probiviri*, in *Riv. dir. comm.*, 1910, I, p. 629, in riferimento al giudizio collettivo probivirale.

5. *Le differenze tra la tutela giurisdizionale individuale e la tutela giurisdizionale collettiva risarcitoria*

5.1. *Profili funzionali della tutela collettiva risarcitoria*

Come già indicato in premessa il primo passo che, anche con tonalità semplificative, va senz'altro compiuto per comprendere l'azione di classe è costituito dal far chiarezza sul quadro funzionale che in genere appartiene alla tutela collettiva risarcitoria, in quanto, per le ragioni che vedremo, tale quadro è molto più articolato e complesso rispetto a quello che ordinariamente si rinviene in un giudizio individuale.

Ovviamente l'obiettivo di base è sempre lo stesso, cioè tutelare sul piano giurisdizionale diritti soggettivi violati e bisognosi di tutela, ma questa direttrice primaria va ad intrecciarsi con ulteriori finalità che prendono corpo proprio in ragione delle caratteristiche specifiche del mezzo di tutela impiegato.

In questo senso occorre prendere anche atto che la formula «tutela collettiva risarcitoria» è di per sé generica in quanto in essa possono essere ricondotti rimedi processuali molto lontani l'uno dall'altro sia sul piano della loro funzione specifica, sia sul piano dei dati strutturali che dovrebbero garantire il miglior raggiungimento delle finalità di tutela prefissate³⁴.

³⁴ L'opportunità di inserire la riflessione attorno all'azione di classe muovendo dalle finalità del rimedio è dettata dalla complessità funzionale che lo strumento possiede rispetto alla tradizionale azione c.d. individuale, la quale si confronta, se non unicamente, di certo primariamente, con la sola esigenza di fornire al titolare del diritto le utilità promesse dall'ordinamento e non conseguite sul piano sostanziale. Non a caso l'utilità del processo individuale, che dogmaticamente si traduce nella sussistenza dell'interesse ad agire, dipende dall'avvenuta violazione del diritto sostanziale. Se, invece, si cerca di riflettere su che cosa sia e su come debba essere configurato l'interesse ad agire in via collettiva, si osserva che tale interesse dipende dal fatto che il processo collettivo sia o meno in grado di porsi come lo strumento che, in relazione ad una specifica controversia collettiva, è capace di realizzare un efficiente punto di contemperamento tra i diversi valori che la tutela collettiva risarcitoria inevitabilmente evoca (cfr. *infra*, cap. III, § 3.3.3.1.). Ciò detto, la letteratura sulle finalità dell'azione di classe è vastissima. Per una visione d'insieme all'interno di un quadro comparatistico piuttosto recente, v. MULHERON, R., *The Class action in Common Law Legal System*, cit., p. 47 ss.

Di certo, in ogni caso, la tutela collettiva risarcitoria, rispetto ad un giudizio individuale, dovrebbe conseguire in primo luogo lo scopo di innalzare il grado di effettività della tutela sia latamente giuridica che più specificamente giurisdizionale³⁵.

Quest'ultima locuzione potrebbe sembrare un'endiadi, ma al contrario svela la duplice direzione in cui si muove la tutela collettiva risarcitoria in termini di effettività.

Sul piano giurisdizionale la tutela collettiva risarcitoria tende a consentire l'emersione di un contenzioso, che, in assenza di strumenti collettivi, ovvero mediante la tradizionale tutela individuale, rimane in genere latente.

Ci riferiamo innanzitutto alle c.d. *small claims*.

L'elemento che più di ogni altro caratterizza queste controversie è la forte disparità di posizione tra parte professionale e singolo individuo; difatti, realizzatosi l'illecito, il vantaggio economico globale, ovvero aggregato, che l'autore della condotta antiggiuridica è in grado di conseguire è decisamente elevato, ma di contro il vantaggio economico che ciascun soggetto può ottenere da una eventuale vittoria è troppo esiguo per giustificare i costi che dovrebbe sobbarcarsi per affrontare il giudizio³⁶.

Per l'esame del problema in riferimento alla *class action* statunitense, v. CONTE, A.-NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, Fourth edition, 2002, § 1:6. In Italia questa direttrice di riflessione è stata ampiamente svolta da parte di Andrea GIUSSANI, di cui v. *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., p. 29 ss.; *Azione collettiva*, in *Enc. dir.*, *Annali*, I, Milano, 2007, p. 132 ss., spec. p. 133 ss.; nonché *Studi sulle «class actions»*, Padova, 1996.

³⁵ È il noto tema dell'accesso alla giustizia che sin dagli anni Settanta è apparso strettamente legato al tema della tutela degli interessi sovraindividuali: cfr., per approfondimenti, il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit. p. 142 ss. Ne è significativa traccia l'intitolazione della parte V del codice del consumo, così come modificata dall'art. 2, comma 449, l. n. 244/2007.

³⁶ Sul punto, si tenga presente quanto scriveva CAPPELLETTI, M., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti la giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 363 ss., spec. p. 374: «l'individuo, "personalmente leso", legittimato ad agire esclusivamente per la riparazione del danno da lui subito, non è in grado di assicurare né a se stesso né alla collettività un'adeguata tutela contro violazioni di interessi collettivi; non è in grado soprattutto, di *monopolizzare* tale tutela, la quale assume caratteristiche del tutto particolari e un'importanza sconosciuta finora nella storia del diritto» (c.vo mio). «Si prenda il caso del consumatore – continua la dottrina in esame – che debba proteg-

La seconda nota caratteristica di questo contenzioso è la sua natura seriale (si parla infatti di diritti isomorfi o di diritti individuali omogenei), determinata dal basso numero di questioni personali coinvolte nell'accertamento di ciascun diritto alla restituzione o al risarcimento.

Come vedremo nel prosieguo del lavoro, sebbene non sia l'unico, è questo il campo nel quale la nuova azione di classe a tutela dei consumatori trova il suo migliore campo di applicazione³⁷.

In sintesi: da un lato l'ordinamento riconosce diritti ed assicura ai singoli la possibilità di trovare ristoro giurisdizionale alla lesione inferta, ma, dall'altro, tali diritti rimangono carta morta, in quanto, in concreto, nessuno li fa valere in giudizio; e ciò con il risultato che il «costo» dell'illecito, anziché ricadere sull'autore dello stesso, è illegittimamente redistribuito sui singoli che subiscono tale condotta.

In questo contesto, dunque, la tutela collettiva risarcitoria o restitutoria tende a compensare la posizione di svantaggio del

gersi contro violazioni prodotte in serie, "a catena", da una grande industria. Il danno da lui personalmente subito sarà, normalmente, troppo esiguo per incoraggiarlo ad agire contro un così potente avversario; e in ogni caso l'eventuale condanna, limitandosi al danno subito da qualcuno soltanto fra migliaia o milioni di danneggiati, sarà priva di un'efficace conseguenza, preventiva o repressiva, nei confronti del danneggiante ed a vantaggio della collettività. Il consumatore isolato, da solo, non agisce; se lo fa è un eroe; ma soltanto se è legittimato ad agire non meramente per sé, ma per l'intero gruppo di cui è membro, tale "eroe" sarà sottratto al ridicolo destino del Don Chisciotte in vana quanto patetica lotta contro i mulini a vento. Gli eroi di oggi [...] sono coloro, cioè, che sanno *organizzare sul piano della lotta di gruppo* la difesa degli interessi diffusi, collettivi, metaindividuali, riuscendo a piegare le tradizionali strutture individualistiche di tutela – tra cui quelle giudiziarie – a bisogni nuovi, tipici delle moderne società "di massa". Cfr. anche ID., *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi* (Atti del convegno di Pavia, 11-12 giugno, 1974), Padova, 1976, p. 191 ss.; ID., *Accesso alla giustizia*, in *Enc. giur. Trec.*, I, Roma, 1988, p. 4; ID., *Accesso alla giustizia dei consumatori*, in *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, I, 1994, p. 293 ss., nonché in *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee, Studi di diritto giudiziario comparato*, Bologna, 1994, p. 103 ss. Cfr. il noto saggio di OLSON, M., *The Logic of Collective Action*, Cambridge, 1971, trad. it., *Logica dell'azione collettiva*, Milano, 1981.

³⁷ Cfr. *infra*, in particolare cap. IV, § 3.4.

singolo rispetto alla parte professionale, poiché l'accertamento collettivo delle diverse pretese sorte in conseguenza dell'illecito, compensa l'asimmetria ora indicata, in quanto rende più vantaggioso il giudizio abbattendone i costi relativi³⁸.

È su questo terreno che ha trovato alimento la disputa sull'irretroattività della disciplina processuale prevista dall'art. 140-bis c.cons, in quanto proprio l'emersione di un contenzioso latente ha indotto il mondo imprenditoriale a premere affinché il nuovo rimedio non fosse applicabile agli illeciti già realizzati³⁹.

Agli antipodi del contenzioso seriale si trova, invece, quella classe di controversie notoriamente rappresentata dai c.d. *mass torts*⁴⁰.

Al ricorrere di queste ipotesi, il vantaggio economico aggregato che l'autore dell'illecito può realizzare è parimenti elevato,

³⁸ In argomento, v. il classico studio di GALANTER, M., *Why The «Haves» Come Out Ahead: Speculations on The Limits of Legal Change*, 9 *Law & Soc'y Rev* 95 (1974-1975), pubblicato anche in Italia con il titolo *Perché gli abbienti si avvantaggiano, Riflessioni sui limiti del riformismo giuridico*, in *Pol. dir.*, 1976, p. 307 ss.; cfr. anche ROSENBERG, D., *Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't*, 37 *Harv. J. on Legis.* 393 (2000).

³⁹ Per l'incostituzionalità di tale previsione, v. CAPONI, R., *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 383 ss. Frequenti sono comunque le osservazioni critiche avanzate a tal riguardo dalla dottrina: cfr. COSTANTINO, G., *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 388 ss., spec. p. 391; MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 1413 ss., spec. p. 1416 s.; FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in AA.VV., *I diritti dei consumatori e la nuova class action*, a cura di P.G. Demarchi, Bologna, 2010, p. 487 ss., spec. p. 515 s. Per una diversa lettura dell'opzione di diritto intertemporale prevista dalla norma nella prospettiva sattiana dei rapporti tra diritto e processo, v. invece PUNZI, C., *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 268 ss.

⁴⁰ In argomento, v., di recente, Poddighe, E., *I «mass torts» nel sistema della responsabilità civile*, Milano, 2008. La presenza di adeguati strumenti di tutela collettiva all'interno di numerosi ordinamenti di *common law* ha fatto sì che in essi emergessero con anticipo e con nitidezza le delicate relazioni tra processo e *mass torts*. Per un'ampia panoramica sull'esperienza statunitense, v. il recente studio di NAGAREDA, R.A., *Mass Torts in a World of Settlement*, Chicago, 2007. Per indicazioni riguardanti l'esperienza canadese, v. invece CASSELS, J.-JONES, C., *The Law of Large-Scale Claims: Product Liability, Mass Torts and Complex Litigation in Canada*, Toronto, 2005.

ma anche il vantaggio economico che il singolo può conseguire dalla deduzione in giudizio della sua pretesa assume un valore significativo se non anche elevato.

A fronte di questa situazione si realizza comunque un'asimmetria tra singolo e professionista in riferimento alle difficoltà di gestione della controversia e in riferimento alla conseguente incertezza circa l'esito del giudizio, sicché, anche in questa ipotesi, i soggetti lesi possono parimenti nutrire una scarsa propensione ad adire la via giurisdizionale.

Ciò che determina il fenomeno ora indicato è la complessità delle questioni giuridiche appartenenti alla causa; complessità che può interessare questioni in punto di diritto, ma più frequentemente riguarda l'accertamento del fatto, come sovente accade in riferimento alla verifica della sussistenza del nesso di causalità materiale⁴¹. Sotto quest'ultimo profilo indicato, poi, occorre tener presente i casi in cui tale accertamento implica la soluzione di complesse questioni tecniche a carattere extragiuridico. Sussiste, infatti, un significativo *gap* tra il soggetto attivo e il soggetto passivo del rapporto, che investe tanto il piano «informativo», quanto quello economico⁴². Il danneggiante possiede,

⁴¹ Sui problemi connessi all'accertamento del nesso di causalità, v., *infra*, cap. IV, § 3.3.2. Per l'individuazione del nesso di causalità come una delle questioni più delicate nella soluzione delle controversie risarcitorie di massa, v. il noto studio di FLEMING, J.G., *Mass Torts*, in 42 *Am. J. Comp. L.* 507, spec. 511 (1994).

⁴² È questo *gap* che configura il consumatore come parte debole del rapporto e che ha giustificato, specie in una prima riflessione su questo nuovo *status* della persona, l'avvicinamento del consumatore al lavoratore: cfr. ad es. GHIDINI, G., *Per i consumatori*, Bologna, 1977; cui *adde*, ROPPO, E., *Protezione del consumatore e teoria delle classi*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 701 ss.; MAZZONI, C.M., *Contro una falsa categoria: i consumatori*, in *Giur. comm.*, 1976, I, p. 622 ss.; GALGANO, F., *La democrazia dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 38 ss. Sulla figura del consumatore come parte debole del rapporto contrattuale, la letteratura più recente è piuttosto ampia. Nella prospettiva processuale, v. GIUSSANI, A., *IL consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 525 ss.; MARENGO, R., *Garanzie processuali e tutela dei consumatori*, cit.; da ultimo ZENO-ZENCOVICH, V.-PAGLIETTI, M.C., *Verso un «diritto processuale dei consumatori»?», in Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 216 ss. e 251 ss.; per uno sguardo sull'itinerario

infatti, un maggiore bagaglio di conoscenze rispetto al singolo soggetto pregiudicato, in quanto è naturalmente più informato riguardo agli aspetti tecnici e giuridici che interessano lo svolgimento della propria attività professionale⁴³ ed in ogni caso ha maggiori possibilità economiche per acquisire le ulteriori conoscenze necessarie per affrontare la difesa in giudizio.

Significative esemplificazioni di questa tipologia di controversie sono le cause riguardanti il danno da fumo o le controversie relative all'assunzione di medicinali nocivi o sostanze tossiche⁴⁴, nelle quali tra la causa e la produzione dell'evento dannoso può intercorrere un ampio lasso temporale che rende meno visibile la relazione sussistente tra i due elementi della catena causale, consentendo inoltre che ulteriori fattori possano concorrere nella produzione dell'evento⁴⁵.

Se ben strutturata, nonché adeguatamente supportata sul piano degli incentivi e degli strumenti idonei per acquisire le informazioni necessarie al processo, l'azione collettiva avrà, quindi, anche in queste ipotesi, il compito di riallineare le posizioni dei soggetti coinvolti nell'illecito.

evolutivo della tutela collettiva in questa materia, v. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 753 ss.

⁴³ È questa una delle ragioni che ha condotto all'insuccesso le prime cause intentate negli Stati Uniti contro le società produttrici di tabacco a cavallo degli anni Cinquanta e Sessanta (c.d. *First wave*), ovvero in un momento storico in cui la nocività del fumo non era notoria come lo è ora. Ciò rendeva complessa la dimostrazione della stessa intrinseca dannosità del tabacco da parte dei danneggiati, nonostante le relazioni sussistenti tra l'uso abituale di sigarette e l'insorgere di varie patologie fosse già noto ai produttori, come emerse solo successivamente negli anni Novanta a seguito della pubblicazione di documenti interni alle imprese produttrici: cfr., in particolare, NIX., A.S., *Statutory Disclosure of Tobacco Ingredients: Secrets Up in Smoke?*, 54 *Ala. L. Rev.* 1413 (2003).

⁴⁴ Una puntuale esemplificazione delle diverse tipologie di *mass torts* si trova in HENSLER, D.R.-PETERSON, M.A., *Understanding Mass Personal Injury Litigation: a Socio-Legal Analysis*, 59 *Brooklyn L. Rev.* 961 (1993).; nella prospettiva del trattamento processuale in forma rappresentativa, v. WEINSTEIN, J.A., *Individual Justice in Mass Tort Litigation, The Effect of Class Actions, Consolidations, and other Multiparty Devices*, Evaston, 1995, p. 16 ss.

⁴⁵ Cfr., per tutti, FLEMING, J.G., *Mass Torts*, cit., spec. 511. Di recente, PODDIGHE, E., *I «mass torts» nel sistema della responsabilità civile*, cit., p. 104, 184.

Insomma: sia nel primo che nel secondo caso l'azione collettiva riveste un'evidente funzione perequativa. I diritti che con difficoltà avrebbero ricevuto tutela all'interno di giudizi individuali vedono accrescere le possibilità di ricevere la dovuta protezione all'interno del giudizio collettivo con effetti positivi in termini di effettività della tutela giurisdizionale.

Ma la tutela collettiva non incide solo sull'effettività delle regole strumentali che garantiscono l'attuazione dei diritti soggettivi violati, cioè non incide solo sulle vicende che seguono l'illecito secondo un'ottica *lato sensu* repressiva. Aumentando le possibilità che eventuali illeciti vengano effettivamente sanzionati secondo le regole che l'ordinamento impone, si realizza, infatti, un evidente effetto conformativo delle condotte materiali. In altri termini l'azione collettiva risarcitoria, ancor più dell'azione collettiva inibitoria⁴⁶, ha un effetto deterrente⁴⁷ che rafforza la precettività delle disposizioni sostanziali che tutelano gli interessi dei soggetti coinvolti ed in questo senso l'azione collettiva innalza il grado di effettività della tutela degli interessi non solo giurisdizionale, ma anche propriamente giuridica⁴⁸.

⁴⁶ Evidenzia la portata deterrente dell'azione collettiva inibitoria, GIUSSANI, A., *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 239 ss.; CHIARLONI, S., *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1842 ss., spec. p. 1845; TAVORMINA, L., *L'inibitoria collettiva a tutela dei consumatori, Mercato, concorrenza e deterrence*, in *Contratto impr.*, 2009, p. 972 ss., spec. p. 1015 ss.

⁴⁷ È questa una ulteriore funzione pacificamente appartenente alla tutela collettiva risarcitoria. Sul punto, v. già KALVEN, H. Jr.-ROSENFELD, M., *The Contemporary Function of The Class Suit*, 8 *U. Chi. L. Rew.* 684 (1940-1941). Il tema è ampiamente trattato da GIUSSANI, A., *Studi sulle «class actions»*, cit. p. 182 ss.; e, più di recente, ID., *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, cit., p. 239 ss.; ID., *Azioni collettive risarcitorie*, cit., p. 53 ss.; cfr. anche AMATUCCI, C., *La vera ambizione delle azioni di classe: brevi note sulla deterrenza*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2008, p. 11 ss.

⁴⁸ Questo specifico profilo funzionale ha dato avvio, anche in Italia, ad una riflessione volta a verificare i rischi di *overdeterrence* insiti nella sovrapposizione di nuovi strumenti di *private enforcement* a quelli, già esistenti, di *public enforcement*. Sul tema, v. il noto studio di OLSON, W., *Overdeterrence and The Problem of Comparative risk*, in *Proceedings of The Academy of Political Science*, 1988, 37, 1, p. 42 ss. Per una recente panoramica sulle problematiche afferenti ai *mass torts* nella prospettiva dell'a-

Oltre alle finalità ora indicate, la tutela collettiva risarcitoria risponde poi alla fondamentale esigenza di conseguire significativi risultati deflattivi del contenzioso giudiziale.

La trattazione e la decisione congiunta di una pluralità di controversie realizza infatti «economie di scala» che fanno preferire un giudizio collettivo unico ad infiniti giudizi individuali.

Rispetto a questo obiettivo, peraltro, la variabile in grado di determinare l'effettiva economicità processuale del giudizio collettivo è costituita – richiamando quanto detto poc' anzi – dal numero e dalla qualità delle questioni personali che appartengono alla controversia.

Muovendo dalla necessaria premessa che le diverse pretese o la maggior parte di esse arrivino davanti al giudice⁴⁹, il giudizio

nalisi economica del diritto, v. *Tort Law and Economics*, edited by M. Faure, in *Encyclopedia of Law and Economics*, I, Cheltenham, Northampton Mass., 2009. Cfr. anche FREZZA, G.-PARISI, F., *Responsabilità civile e analisi economica*, Milano, 2006. Va comunque evidenziato che all'interno della cultura giuridica italiana ed anche europea non può disconoscersi una tradizionale propensione ad affidarsi a strumenti di regolamentazione di natura pubblicistica; la questione è puntualmente rilevata da TROCKER, N., *Class actions negli USA – e in Europa?*, cit., p. 183 s.; per una efficace critica alla concezione paternalistica che vuole riservato al potere pubblico l'attività di controllo del mercato, v. GIUSSANI, A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., p. 38, spec. nota 19; nella stessa linea, per una dissacrante e condivisibile visione dell'assoluta incapacità della sfera pubblica e politica italiana a farsi carico di un effettivo controllo del mercato in funzione di tutela dei consumatori, v. CAPONI, R., *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1205 ss., spec. p. 1225; ID., *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 819 ss., spec. p. 852.

⁴⁹ Ovviamente non può che essere questa la premessa da cui muovere. Se, difatti, il sistema giurisdizionale è posto a salvaguardia dei diritti soggettivi violati, poco senso avrebbe partire da una premessa non corrispondente a quelli che sono gli obiettivi istituzionali degli strumenti giuridici che si intendono disciplinare. In altri termini, si potrebbe sostenere che la tutela collettiva si riveli uno strumento di aggravio del carico di lavoro giudiziale proprio in ragione dell'emersione di sacche di contenzioso rimaste precedentemente inesprese. Questo fenomeno è chiaramente indicato da DAM, K., W., *Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence, and Conflict of Interest*, 4 *J. Legal Study* 47, 48 (1975). Tuttavia la fallacia di questo modo di ragionare appare evidente, posto che tale critica potrebbe essere mossa contro ogni forma e strumento di tutela giurisdizionale che, nell'influire positivamente sull'effettività delle prescrizioni sostanziali, aumenti la possibilità che i diritti violati siano dedotti in giudizio.

collettivo si dimostra opportuno solo se è comunque comparativamente più vantaggioso, in termini di tempi e di costi, rispetto ad una pluralità di giudizi individuali sia per i singoli sia per il sistema giustizia in generale.

Questo tipo di prospettazione è chiaramente semplificativa, ma rende bene l'idea di come un giudizio in cui vi siano poche o poco rilevanti questioni comuni e numerose o complesse questioni personali possa divenire sostanzialmente ingestibile da parte del giudice chiamato a risolvere la controversia collettiva; controversia che, nell'ipotesi ora indicata in via esemplificativa, perde la sua connotazione propriamente collettiva riducendosi ad un sostanziale cumulo di pretese individuali.

5.2. *I profili strutturali essenziali della tutela giurisdizionale di classe*

5.2.1. *In generale*

Dalle osservazioni appena svolte possiamo trarre la conclusione che il quadro funzionale generale entro cui iscrivere il giudizio collettivo risarcitorio è diverso e più articolato rispetto al giudizio individuale.

Il giudizio collettivo risarcitorio, infatti, è «utile», *non solo* in ordine al comune bisogno di tutela giurisdizionale che assiste ogni diritto soggettivo rimasto insoddisfatto sul piano sostanziale, *ma anche* per le tre ulteriori ragioni indicate poc'anzi, cioè in sintesi:

- a) effettività;
- b) deterrenza;
- c) deflazione.

Se allora il quadro funzionale è più complesso, tale circostanza non può non ripercuotersi sulla struttura.

È noto e pacifico, infatti, l'insegnamento metodologico se-

⁵⁰ Per tutti, v. CARNELUTTI, F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 11 ss., 107 ss.

condo cui funzione e struttura costituiscono due espressioni diverse e inscindibili di uno stesso fenomeno⁵⁰.

Questa situazione, sebbene *in nuce*, non è del tutto sconosciuta al nostro ordinamento, nel quale anche lo strumento del processo litisconsortile facoltativo cerca di rispondere ad un quadro di esigenze maggiormente complesso rispetto al processo bilaterale.

Al bisogno di tutela giurisdizionale si aggiunge, infatti, l'esigenza di economia processuale e l'opportunità, se non talora la necessità, di armonizzazione delle decisioni⁵¹.

Tuttavia il processo litisconsortile è un cumulo di tanti processi individuali, che, per l'appunto, si celebrano simultaneamente e congiuntamente. Tutte le parti sostanziali dei rapporti controversi sono anche parti in senso processuale e, come ricorda il comma 2 dell'art. 103 c.p.c., il giudice – come valvola di sfogo – può disporre la separazione delle cause se la loro riunione ritarda o rende più gravoso il processo.

Le esigenze sottese alla tutela collettiva risarcitoria spingono, invece, il processo ad abbandonare con maggior nettezza la sua configurazione strutturale individuale e questo fenomeno è netto nell'azione di classe.

L'azione di classe costituisce uno – il più noto – dei rimedi di tutela giurisdizionale collettiva risarcitoria, nel senso che, in linea teorica, possono essere distinti e molteplici i modelli processuali che si prefiggono di rispondere, sebbene in diversa maniera e con diversa intensità, alle esigenze poc'anzi indicate.

Quel che varia è la soluzione tecnica adottata sul piano della disciplina positiva per risolvere gli inconvenienti che sorgono in sede processuale con l'obiettivo di rispondere alle finalità proprie della tutela collettiva risarcitoria.

Questi inconvenienti sono nella sostanza due:

- a) l'ampio numero di soggetti coinvolti nell'illecito;
- b) la presenza delle questioni differenziate.

⁵¹ Sul tema, v. PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2010, p. 324 ss.

Ragionando in termini fortemente sintetici, nell'azione di classe i profili strutturali essenziali che cercano di garantire che il rimedio risponda alle esigenze predette nonostante la presenza di tali ostacoli sono tre:

- a) il carattere rappresentativo dell'azione;
- b) la natura selettiva del giudizio assieme alla variabilità del suo oggetto;
- c) il ruolo che il giudice riveste all'interno del procedimento.

5.2.2. *Il carattere rappresentativo dell'azione*

Il primo carattere qualificante riguarda, come appena anticipato, la legittimazione ad agire, in quanto l'azione di classe è un'azione *rappresentativa*⁵².

Esemplare è quanto dispone l'*incipit* della nota *rule 23* statunitense, che al ricorrere dei necessari requisiti, ammette che «one or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all»⁵³.

L'azione rappresentativa è un'azione in cui la complessità soggettiva del processo è drasticamente semplificata: non potendo agire in giudizio e partecipare attivamente al medesimo l'intera classe, si assiste alla concentrazione dei poteri processuali in capo ad uno solo dei componenti della classe stessa.

Tuttavia, come è evidente, questa forma di semplificazione soggettiva della trama strutturale del procedimento non può produrre una compressione eccessiva delle dovute garanzie del giusto processo, sicché occorre introdurre appositi meccanismi processuali capaci di evitare indebite violazioni del diritto di azione e di difesa dei membri appartenenti alla classe.

Questo risultato si ottiene operando su due piani: da un

⁵² «The fundamental nature of a class suit is its representative status»: così, CONTE, A.-NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, cit., § 1:2, a cui si rinvia per i dovuti approfondimenti; sul punto, v. anche TROCKER, N., *Class actions negli USA – e in Europa?*, cit., p. 188; per l'esame di tale tratto qualificante in una prospettiva comparatistica, v. MULHERON, R., *The Class action in Common Law Legal System, A Comparative Perspective*, cit., p. 23 ss.

⁵³ FRCP 23 (a).

lato, si attribuisce il potere di agire e di condurre il processo ad un soggetto che per qualità soggettive e oggettive si presenta come idoneo a tutelare adeguatamente gli interessi della classe; dall'altro, si riconosce in capo agli altri membri della classe la possibilità di sottrarsi agli effetti del giudicato.

Riguardo al primo profilo, il proponente deve presentarsi come ben motivato e dotato di sufficienti mezzi per affrontare al meglio il processo ed inoltre deve essere titolare di un interesse omogeneo a quello della classe, cioè la sua posizione sostanziale e processuale deve essere assimilabile a quella degli altri membri della classe⁵⁴.

Ciò significa che il proponente che non ha i mezzi economici sufficienti per affrontare il giudizio o il proponente che vanta una pretesa in tutto o in parte diversa da quella della classe, non può presentarsi come portavoce della classe in giudizio.

Riguardo al secondo profilo, invece, ovvero riguardo al problema dei limiti soggettivi del giudicato, la possibilità di sottrarsi all'efficacia preclusiva del giudicato opera in genere dando luogo a due diversi regimi processuali⁵⁵.

In un primo regime, detto di *opt-in*, l'efficacia vincolante della sentenza investe, oltre ovviamente l'attore collettivo e il convenuto, anche i soggetti che volontariamente aderiscono al giudizio, ovvero i soggetti che manifestano la loro volontà di essere inclusi nella sfera di efficacia della decisione.

Nell'altro, invece, detto di *opt-out*, l'efficacia della sentenza è generale, ovvero va commisurata alla classe dei soggetti in ipotesi lesi dalla condotta antigiuridica. Coloro che, appartenendo alla classe, non vogliono essere colpiti dall'efficacia vincolante della sentenza devono manifestare la loro volontà di essere tenuti fuori dal giudizio.

⁵⁴ Questi profili verranno esaminati *infra*, cap. III, § 3.2.4., in diretto riferimento all'art. 140-*bis* c. cons., tuttavia, per approfondimenti, v. CONTE, A.-NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, cit., § 3.21; nonché MULHERON, R., *The Class action in Common Law Legal System, A Comparative Perspective*, cit., p. 275 ss.

⁵⁵ Per approfondimenti, v. CONTE, A.-NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, cit., §§ 1:7, 1:14, 1:15, 8:1 ss., 16:1 ss.; MULHERON, R., *The Class action in Common Law Legal System, A Comparative Perspective*, cit., p. 29 ss.; cfr. anche *infra*, nota 81.

In un regime di *opt-in*, quale quello prescelto dal nostro legislatore sia nel 2007 che nel 2008, abbiamo un'azione che, all'interno di una classe più ampia astrattamente determinata, spiega i suoi effetti primariamente⁵⁶ nei confronti della classe «attiva», che è costituita dal «gruppo» esatto e specifico dei soggetti (per ipotesi A, B, C, D, E, ecc.) che hanno volontariamente aderito all'azione.

In questa prospettiva il giudizio collettivo risarcitorio, si orienta tendenzialmente verso un grado di analiticità più elevato e in genere si ritiene sia maggiormente rispettoso delle garanzie costituzionali delle parti in punto di giusto processo.

Inoltre questo regime processuale può favorire – ma a nostro avviso ingannevolmente – una immagine del giudizio collettivo simile ad una sorta di litisconsorzio facoltativo atipico in cui ogni appartenente alla classe «porta» il suo diritto⁵⁷.

In un regime di *opt-out*, invece, abbiamo un'azione che investe tutta la classe indipendentemente da un atto volontario di adesione, con la conseguenza che in questo modello, diversamente che nel precedente, il giudizio può a certe condizioni allontanarsi più significativamente da un apprezzamento analitico dei diversi rapporti, orientandosi verso un giudizio a carattere maggiormente sintetico, che guarda alla classe colpita nella sua interezza, cioè tutti coloro che rispondono ai criteri che definiscono la classe.

5.2.3. *La natura selettiva del giudizio e la variabilità del suo oggetto*

Il secondo elemento strutturale è strettamente legato alla presenza delle questioni differenziate, nonché al loro rapporto con quelle comuni.

⁵⁶ Il «primariamente» inserito nel testo è inserito in quanto occorre tener conto del fatto che l'azione di classe costruita attorno al meccanismo dell'*opt-in*, nel caso in cui non consenta un successivo esercizio del potere collettivo agli altri appartenenti alla classe che non hanno aderito, produce effetti di natura processuale anche nei loro confronti: cfr. *infra*, cap. V, §§ 1 e 4.

⁵⁷ Cfr., infatti, *infra*, cap. II, § 2.5.3., 2.5.4, cap. IV, § 4.1.

Nelle pagine precedenti si è visto che il giudizio di classe è senz'altro efficiente quando riguarda pretese seriali, mentre, di contro, al crescere del grado di disomogeneità tra le diverse pretese, la gestione della controversia diviene via via sempre più difficile.

Inoltre, come visto poc'anzi, posto che anche la tecnica rappresentativa è accettabile in riferimento alle sole questioni comuni, la presenza delle questioni differenziate non solo influisce sulla economicità del giudizio, ma anche sulla sua compatibilità con i principi del giusto processo.

Una possibile soluzione è escludere del tutto che si possa celebrare un giudizio di classe in presenza di questioni personali; tuttavia, come dimostrano gli ordinamenti dotati di rimedi collettivi ispirati al modello dell'azione di classe, la tutela collettiva risarcitoria non può essere limitata ai soli casi in cui le pretese della classe sono assolutamente identiche ed, infatti, anche in presenza di un contenzioso diversificato, il giudizio di classe può rivelarsi comunque utile impiegando appropriati accorgimenti e correttivi⁵⁸.

⁵⁸ Più una certa controversia si avvicina al modello delle *small claims*, ovvero al contenzioso più spiccatamente seriale, maggiori sono i benefici che si conseguono tanto sul piano dell'effettività, quanto sul piano dell'economia processuale *ed allora* qualunque ordinamento che voglia apprestare strumenti di tutela collettiva risarcitoria *deve* adottare strumenti che diano risposte giurisdizionali efficienti *almeno* a questa tipologia di controversie. Cfr., ad es., il *Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust*, COM (2008) 165 def., § 2.3. Il punto è pacifico anche nella letteratura statunitense, cfr. da ultimo l'interessante saggio di GILLES, M., *Class Dismissed: Contemporary Judicial Hostility to Small-claims Consumer Class Actions*, 59 *DePaul L. Rev* 305, (2009-2010). Di contro, più una data controversia perde il carattere seriale per l'aumento (relativo) delle questioni personali rispetto a quelle comuni, più è probabile che si venga a realizzare un possibile conflitto tra le esigenze di effettività e le esigenze di economia processuale con incremento esponenziale delle difficoltà di gestione della controversia *ed allora* qualunque ordinamento che voglia occuparsi di apprestare strumenti di tutela anche per questa tipologia di controversie *deve* predisporre un rito processuale dalle forme sufficientemente elastiche allo scopo di garantire, anche con un maggior numero di questioni personali, la corretta gestione della causa. Ancor più in sintesi: se si vuole apprestare uno strumento di tutela collettiva che sia in grado di rispondere in termini congrui alle finalità

Da un lato, si introducono filtri di ammissibilità che hanno lo scopo di selezionare il contenzioso che può essere deciso in forma rappresentativa⁵⁹; dall'altro, si introducono poteri di gestione processuale che garantiscono un corretto trattamento delle questioni controverse e la stessa sussistenza di tali poteri consente di aumentare le possibilità che la domanda di classe sia ammessa.

I filtri di ammissibilità sono volti a verificare *in limine litis* che il giudizio di classe sia «utile», cioè che il processo collettivo, in relazione ad una specifica controversia, sia comunque in grado di garantire il raggiungimento degli obiettivi addietro indicati (effettività, deterrenza, deflazione) senza dar luogo ad una ingiustificata compressione delle garanzie processuali.

Ancora le *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi sono esemplari al riguardo nel richiedere che le questioni comuni alla classe siano predominanti rispetto a quelle differenziate ed inoltre che l'azione di classe costituisca in concreto lo strumento che più degli altri è idoneo a garantire un processo giusto ed efficiente⁶⁰; obiettivo, quest'ultimo indicato, che viene raggiunto imponendo ad giudice di verificare: – l'interesse di ciascun membro a condurre un separato giudizio individuale sulla propria pretesa⁶¹; – lo stato e la natura di ogni causa individuale già avviata concernente la controversia collettiva⁶²; – l'opportunità di con-

ora indicate ed in riferimento alle diverse tipologie di controversie collettive che possono emergere in concreto, allora l'*ethos* del processo collettivo risarcitorio è rappresentato in primo luogo dall'*elasticità* a tutti i livelli.

⁵⁹ Questi filtri di regola danno luogo ad un provvedimento che certifica l'azione introdotta come rappresentativa sin da una prima udienza preliminare (*certification*). Tuttavia taluni ordinamenti non prevedono un espresso provvedimento giudiziale che autorizzi il giudizio in forma rappresentativa, sebbene spetti comunque al giudice il positivo controllo circa la sussistenza delle condizioni per proseguire il processo in forma rappresentativa: così è nella legislazione australiana, su cui, v. MULHERON, R., *The Class action in Common Law Legal System, A Comparative Perspective*, cit., p. 24 ss.

⁶⁰ Cfr. FRCP 23 (b) (3).

⁶¹ Cfr. FRCP 23 (b) (3) (A).

⁶² Cfr. FRCP 23 (b) (3) (B).

centrare le diverse cause in un unico foro⁶³; – le difficoltà che potranno incontrarsi nella gestione collettiva della controversia⁶⁴.

D'altro canto, come poc'anzi si diceva, la natura selettiva del giudizio si coordina con la variabilità dell'oggetto del medesimo.

Va tenuto presente, infatti, che sulla valutazione della controversia che queste norme richiedono al giudice al fine di ammettere la domanda di classe possono influire due diverse possibilità: da un lato, quella di determinare la classe il più possibile attorno alle questioni comuni⁶⁵ e, dall'altro, quella di individuare all'interno della classe «madre» una o più sottoclassi⁶⁶.

Con il primo strumento si ritaglia la realtà sostanziale nella maniera che rende più agevole lo svolgimento del giudizio in forma rappresentativa, eventualmente limitandolo alle sole questioni comuni.

Con il secondo strumento, all'interno di una classe più ampia si isolano tra le questioni non comuni a tutti gli appartenenti alla classe, ed in quanto tali differenziate, gruppi più ristretti di questioni comuni.

In questa maniera l'area «coperta» dalle questioni differenziate viene a restringersi e, di contro, le questioni comuni aumentano (*predominance*) e con esse le possibilità di gestire in termini efficienti e «giusti» il loro accertamento in forma rappresentativa (*superiority*).

Infine, quando non è possibile individuare rapporti di comunanza più ristretti riguardo a specifiche questioni, non resta

⁶³ Cfr. FRCP 23 (b) (3) (C).

⁶⁴ Cfr. FRCP 23 (b) (3) (C); sul punto, per ulteriori approfondimenti, v. le riflessioni svolte in sede di esame della disciplina del nuovo art. 140-*bis* c. cons. al cap. IV, § 3.4.

⁶⁵ Questa soluzione ricorre non solo nel caso in cui il giudice scelga di dare una configurazione più analitica alla classe al fine di favorire l'emersione delle questioni comuni a discapito di quelle personali, ma anche nel caso, previsto ad esempio dalla FRCP 23 (c) (4) (A), in cui il giudizio collettivo sia ammesso solo in riferimento alle questioni comuni con esclusione sin dall'origine delle differenziate (c.d. *Issues classes*). Cfr. FEDERAL JUDICIAL CENTER, *Manual for Complex Litigation, Fourth*, §§ 21.24 e 22.75; CONTE, A.-NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, cit., §§ 4:23 ss., 7:33.

⁶⁶ Cfr. ad es. la FRCP 23 (c) (4) (B), su cui, v. CONTE, A.-NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, cit., § 3:9.

che apprestare un adeguato trattamento delle questioni personali; risultato che si raggiunge mediante un tendenziale recupero delle garanzie individuali.

Questo accade in particolar modo nei casi in cui, accertate in forma rappresentativa le questioni comuni, l'accertamento delle questioni personali sia rimesso a successivi giudizi individuali di completamento⁶⁷, ma accade anche nei casi in cui il giudice del processo di classe, esercitando i suoi poteri di *case management*, determini una specifica fase del procedimento collettivo destinata all'accertamento delle questioni personali con la diretta partecipazione degli appartenenti alla classe⁶⁸.

5.2.4. *Il ruolo del giudice nel processo*

Il terzo tratto strutturale che caratterizza il procedimento di classe è costituito, come detto poc'anzi, dal ruolo assolutamente centrale che il giudice svolge nel processo.

È questa una conseguenza obbligata che discende naturalmente dai due elementi strutturali indicati precedentemente.

Tanto il primo, quanto il secondo, infatti, richiedono che sia svolta una pronta e vigile attività di controllo sul procedimento e sul potere di azione stesso.

Nella tradizionale dogmatica del potere di azione i requisiti da cui dipende la sussistenza del potere di azione, ovvero le c.d. condizioni dell'azione, vengono valutate dal giudice sulla base della mera affermazione formulata dalla parte nell'atto con il quale la domanda viene proposta⁶⁹. L'attore formula un'ipotesi

⁶⁷ Questa soluzione si può verificare in due ipotesi: nel caso in cui l'azione di classe sia ammessa solo relativamente a talune questioni comuni (*Issues Classes*), o nei casi in cui, dopo l'accertamento delle questioni comuni, si escluda la prosecuzione in forma rappresentativa del giudizio per l'accertamento delle altre questioni (c.d. *decertification*).

⁶⁸ Per un quadro chiaro delle diverse possibilità che si aprono su questo fronte nel diritto federale statunitense, nonché per una sommaria indicazione dei pregi e dei difetti che appartengono a ciascuna soluzione, v. Note, *Developments in the Law – Class actions*, 89 *Harvard L.R.* 1318, 1516 ss. (1976); CONTE, A.-NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, cit., § 10:1 ss.

⁶⁹ Cfr. MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, Torino, I, 2011, p. 47 ss.

che sottopone al giudice, il quale, dopo una prima valutazione in astratto della sua ammissibilità, verifica nel giudizio di merito se essa è effettivamente corretta, accertando l'effettiva titolarità del rapporto sostanziale, nonché l'avvenuta violazione del diritto.

Nel processo di classe, invece, la sussistenza della legittimazione e dell'interesse ad agire abbisogna di verifica tanto immediata, quanto costante. Questo perché da tale accertamento dipende non solo l'apertura delle porte del processo, ma anche la possibilità che il processo si possa svolgere con le modalità particolari e semplificatorie del giudizio di classe.

Così il giudice deve costantemente verificare che l'attore sia adeguatamente rappresentativo degli interessi della classe e che il processo sia effettivamente utile, ovvero sia in grado di raggiungere in concreto i suoi obiettivi in termini di aumento dell'effettività della tutela giurisdizionale, di deterrenza e di economia processuale⁷⁰.

Naturalmente questo maggior potere porta con sé il rischio di un'eccessiva discrezionalità.

Per ridurre tale rischio gli ordinamenti che seguono il modello della *class action* nordamericana fanno sapiente uso della tecnica normativa che il legislatore di *common law* adotta per la gestione della complessità processuale⁷¹. L'attribuzione al giudice di ampi poteri di «controllo» e «gestione» processuale della con-

⁷⁰ Notissimo il saggio di CHAYSE, A., *The Role of The Judge in Public Law Litigation*, in 89 *Harv. L. Rew.*, 1281 (1975-1976); per un approfondito esame dell'evoluzione del ruolo del giudice nell'ordinamento statunitense come risposta efficiente alla complessità, v. anche l'ampio saggio di RESNIK, J., *Managerial Judges*, 96 *Harv. L. Rew.* 374 (1982-1983).

⁷¹ È un dato assolutamente pacifico sebbene gli ordinamenti che contemplano rimedi di tutela collettiva sul modello delle *class actions* appartengano all'area di *common law* tradizionalmente vicina ad una cultura *adversary* del processo. Basti pensare che il *Manual for Complex Litigation, Fourth*, elaborato dal Federal Judicial Center, tra i principi generali in materia di *complex litigation* richiama in primo luogo l'attenzione sul ruolo del giudice (cfr. § 10.1.). Sul piano positivo la norma che più delle altre sintetizza la posizione del giudice nel processo di classe si rinviene nella legislazione federale australiana ed in particolare alla *section 33Z* della Part IV-A (*Representative Proceedings*) del *Federal Court of Australia Act* (1976).

troversia è, infatti, compensata dall'indicazione analitica delle questioni di cui il giudice deve tener conto nell'esercizio dei poteri stessi⁷².

In altri termini, i poteri attribuiti al giudice sono ampi, ma assumono una connotazione particolarmente funzionalizzata, così da poterne consentire un controllo in sede impugnatoria.

5.3. Osservazioni conclusive

Sulla base di quanto sinora osservato e fatte salve le riflessioni che avremo modo di svolgere nel prosieguo in sede di diretta interpretazione del nuovo art. 140-*bis* c. cons., le differenze funzionali e strutturali che intercorrono tra giudizio individuale e giudizio collettivo sono le seguenti.

Sul piano funzionale il processo individuale, essendo volto alla tutela di diritti soggettivi sostanziali rimasti insoddisfatti, risponde – salvo eccezioni – al principio di strumentalità, stando al quale mediante il processo la parte mira a conseguire le medesime utilità che avrebbe dovuto ottenere sul piano sostanziale qualora le parti avessero cooperato nell'attuazione del diritto.

Ciò significa che gli elementi soggettivi ed oggettivi del rapporto processuale sono i medesimi che si rinvengono sul piano sostanziale e le decisioni che chiudono il processo, decidendo nel merito la controversia, assumono questa medesima dimensione. Rare ed eccezionali, di contro, sono le ipotesi in cui l'accertamento giudiziale riguarda soggetti che non hanno assunto la qualità di parte nel processo o riguarda materie più ristrette rispetto al diritto soggettivo dedotto in giudizio in via di *petitum* sostanziale.

Nel giudizio collettivo risarcitorio il quadro funzionale è più complesso e comprende una primaria esigenza di aumento dell'effettività della tutela giurisdizionale, nonché gli ulteriori due obiettivi di deterrenza ed economia processuale.

⁷² Su tale tecnica di normazione, v. il nostro *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di case management giudiziale*, cit., spec. p. 541 ss., 567 ss.

La complessità funzionale si riflette sul piano strutturale dando luogo ad un processo che mira a raggiungere gli obiettivi ora indicati nonostante l'ampio numero di soggetti coinvolti nell'illecito, la presenza delle questioni differenziate e senza dar luogo ad una eccessiva compressione delle garanzie processuali.

Sul piano soggettivo l'azione assume carattere rappresentativo e la dimensione collettiva della lite entra nel processo mediante un soggetto che rappresenta tutti i soggetti coinvolti che espressamente o implicitamente aderiscono al giudizio.

Sul piano oggettivo, invece, i poteri di gestione e controllo affidati al giudice consentono di adattare il processo alla natura della controversia, ammettendo l'azione solo quando è possibile svolgere un giudizio collettivo rispondente ai propri obiettivi e tenendo conto delle diverse possibilità di sbocco decisorio.

6. *Verso l'azione di classe*

6.1. *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*

Alla luce delle osservazioni appena svolte è possibile cercare di formulare un primo inquadramento del nuovo art. 140-*bis* c. cons.

Più precisamente il nuovo rimedio processuale va collocato all'interno dei diversi modelli di tutela collettiva risarcitoria.

Numerosi sono i profili della procedura sui quali è possibile intervenire per strutturare adeguatamente il giudizio collettivo risarcitorio, ma la molteplicità delle variabili che governano il fenomeno in esame richiede che tali profili non siano apprezzati singolarmente, ma all'interno di schemi più generali capaci di evidenziare i nessi di interdipendenza che li coinvolgono conferendo al rimedio una struttura organica unitaria.

Proprio per questa ragione è opportuno ragionare in termini di *modelli* di tutela collettiva risarcitoria.

L'ampia formula «tutela collettiva risarcitoria», insomma, all'interno di una cornice funzionale ampia e comune, indica realtà

processuali diversificate sia sotto il profilo della loro funzione più specifica, sia sotto il profilo della loro struttura⁷³.

Il precedente art. 140-*bis* c. cons., ad esempio, era in prevalenza ricondotto al giudizio collettivo meramente dichiarativo delle questioni comuni al gruppo dei consumatori aderenti⁷⁴, ov-

⁷³ Per un ampio panorama comparatistico sulla tematica, v. i contributi cit. *retro*, nota 34.

⁷⁴ Per l'esame delle diverse posizioni riguardo all'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria prevista dall'art. 140-*bis* c. cons. prima formulazione, v. *infra*, cap. IV, § 2. In generale, sul precedente articolo, v. senza pretesa di completezza: ALPA, G., *L'azione collettiva risarcitoria, Alcune riflessioni di diritto sostanziale*, in *Corr. mer.*, 2008, p. 765 ss.; AMADEI, D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. mer.*, 2008, 940 ss.; BARRA CARACCILO, F., *L'azione collettiva e la fase conciliativa. Qualificazione e quantificazione del danno*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1044 ss.; BELLI, C., *L'azione collettiva risarcitoria a tutela dei diritti dei consumatori*, in *Questione giust.*, 2008, p. 54 ss.; BOVE, M., *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dall'esperienze più mature*, in *Guida dir.*, 2008, fasc. 4, 11 ss.; ID., *L'oggetto del processo «collettivo» dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria (artt. 140 e 140-bis c. cons.)*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 841 ss.; BRIGUGLIO, A., *L'azione collettiva risarcitoria (art. 140-bis Codice del Consumo)*, Torino, 2008; CAMILLETTI, F., *L'azione collettiva risarcitoria: profili processuali*, in *Contr.*, 2008, p. 638 ss.; CAPONI, R., *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 819 ss.; ID., *La class action in materia dei consumatori in Italia*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 281 ss.; ID., *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1205 ss.; ID., *Una letteratura di interrogativi in attesa della giurisprudenza (in tema di azione collettiva risarcitoria, art. 140-bis c. cons.)*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 180 ss.; ID., *Oggetto del processo e del giudicato «ad assetto variabile» (in tema di azione collettiva risarcitoria, art. 140-bis c. cons.)*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 200 ss.; ID., *Variabilità dell'oggetto del processo (nell'azione collettiva risarcitoria)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 47 ss.; CARRATTA, A., *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 721 ss.; ID., *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 315 ss.; CHIARLONI, S., *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1842 ss.; CONSOLO, C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dell'«opt-in» anziché quella danese dell'«opt-out» e il filtro («L'inutil precauzione»)*, in *Corr. giur.*, 2008, 5 ss.; ID., *Tutela giurisdizionale dei crediti «per adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1701 ss.; ID., *L'art. 140-bis: nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualciviltisticamente, un poco «Opera aperta» (in tema di azione collettiva risarcitoria, art. 140-bis c. cons.)*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 205 ss.; CONSOLO, C.-BONA, M.-BUZZELLI, P., *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008; COSTANTINO, G., *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 «bis» cod. consumo*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 17 ss.; GITTI, G., *Conciliazione e transazione nell'a-*

vero ad un giudizio collettivo il cui fine non è mai quello di pervenire alla condanna della parte soccombente al pagamento delle somme dovute, ma solo di dare una base di accertamento comune ai soggetti colpiti da un certo illecito plurioffensivo⁷⁵.

zione collettiva, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 685 ss.; DALFINO, D., *Oggetto del processo e del giudicato e altri profili connessi (in tema di azione collettiva risarcitoria, art. 140-bis c. cons.)*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 191 ss.; D'ALFONSO, G., *La tutela risarcitoria delle pretese seriali tra «azioni di classe» ed «azioni collettive»*, *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo*, in *Studium iuris*, p. 523 ss.; DE SANTIS, A.D., *La proposta dell'impresa soccombente e le forme della conciliazione (in tema di azione collettiva risarcitoria, art. 140-bis c. cons.)*, in *Foro it.*, 2008, V, 209 ss.; ID., *L'azione risarcitoria collettiva*, in CHINÈ, G.-MICCOLIS, G., *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, Roma, 2008; DI SABATO, D., *Alcune riflessioni sull'azione collettiva risarcitoria*, in *Riv. dir. impr.*, 2008, p. 165 ss.; DONZELLI, R., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 842 ss.; ID., *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur. Trec.*, Roma, 2007; FRATA, L., «*Class action*» e «*azioni collettive risarcitorie*»: un primo confronto, in *Danno e resp.*, 2008, p. 493 ss.; GITTI, G., *Conciliazione e transazione nell'azione collettiva risarcitoria*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 685 ss.; GIUSSANI, A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 213 ss.; ID., *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 339 ss.; ID., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1227 ss.; ID., *Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 465 ss.; MENCHINI, S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 41 ss.; MEUCCI, S., *Ambito applicativo, situazioni giuridiche tutelate e legittimazione ad agire nell'azione collettiva risarcitoria (art. 140-bis cod. cons.)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 833 ss.; MINERVINI, E., *Azione collettiva risarcitoria e conciliazione*, in *Contr. impr.*, 2008 p. 917 ss.; MORENO, C., *L'azione collettiva risarcitoria: luci ed ombre di una recente novella*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 190 ss.; PALMIERI, A., *Campo di applicazione, legittimazione ad agire e vaglio di ammissibilità (in tema di azione collettiva risarcitoria, art. 140-bis c. cons.)*, in *Foro it.*, 2008, V, 185 ss.; RENZI, L., *Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1213 ss.; RICCIO, A., *L'azione collettiva risarcitoria non è, dunque, una class action*, in *Contratto e impresa*, 2008, 500 ss.; RUFFINI, G., *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140-bis c. cons.*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, I, Torino, 2008, 455 ss., nonché in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 707 ss.; TOMMASEO, F., *La partecipazione dei consumatori ai giudizi collettivi risarcitori (note sull'art. 140-bis del codice del consumo)*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, III, Napoli, 2010, p. 1835 ss.; VIGORITI, V., *Class action e azione collettiva risarcitoria, La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 729 ss.

⁷⁵ Il giudizio collettivo meramente dichiarativo di questioni presenta il grosso limite di non essere mai uno strumento di tutela giurisdizionale completa per i soggetti danneggiati. Quanto osservato induce a guardare con sfavore una soluzione di tal fatta tanto sul piano dell'effettività, poiché i singoli devono comunque adire autonoma-

C'erano anche letture opposte, nonché numerose impostazioni intermedie⁷⁶. In ogni caso il giudizio veniva sovente prospettato con modalità così diverse da esser distanti l'una dall'altra come il giorno dalla notte, dimostrando che la precedente disciplina era a ben vedere priva di una vera e propria identità, ossia una norma senza risposte.

Con la novellazione le cose sono cambiate ed il rimedio si presenta senz'altro perfetibile, ma di certo più definito nella sua funzione e nella sua struttura. Non a caso i commi di cui è composto l'articolo sono passati dai sei precedenti ai sedici attuali.

La tecnica redazionale non è quella analitica e puntuale che si riscontra negli ordinamenti di *common law*⁷⁷, tuttavia gli

mente il giudice per ottenere la somma a loro dovuta, quanto su quello dell'economicità, poiché il giudizio collettivo non esclude la pendenza di ulteriori giudizi individuali. La partita, insomma, non si chiude per nessuno: non per i singoli, non per la parte imprenditoriale, non per la macchina giudiziaria. Va però aggiunto che il giudizio collettivo su questioni, sebbene presenti numerosi limiti di funzionamento proprio per l'esser *a priori* limitato all'accertamento delle questioni comuni senza possibilità di arrivare alla liquidazione delle somme dovute, ciononostante può presentare un certo grado di utilità nelle controversie nelle quali le questioni comuni hanno una complessità veramente notevole. Nel Regno Unito, ad esempio, il *Group litigation order* ha avuto origine nella prassi, ancor prima della riforma Woolf, proprio in riferimento a controversie relative a medicinali dannosi (cfr. l'intervento di M. Tulibacka al Convegno internazionale sul tema *Tutela collettiva, Verso una class action in Europa?*, Firenze, 30-31 ottobre 2008). Sul *Group Litigation Order*, v. di recente ANDREWS, N., *La Multi Party Litigation in Inghilterra: attuali progetti e proposte di riforma*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2009, p. 637 ss. Ciò significa che i limiti di questo modello sono essenzialmente legati alla sua rigidità: un modello ancora legato all'ottica del giudizio individuale che, diffidente riguardo a forme più versatili di tutela giurisdizionale in via rappresentativa, esclude la possibilità di pervenire ad una tutela completa anche quando la natura della controversia lo potrebbe consentire.

⁷⁶ Cfr. *infra*, cap. IV, § 2.

⁷⁷ Sulla nuova disposizione, v. in particolare BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 1015 ss.; ID., *La trattazione nel processo di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 83 ss.; CAPONI, R., *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 383 ss.; ID., *La riforma della «class action», Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, in *www.judicium.it*; CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1297 ss.; COSTANTINO, G., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, in *Diritto econ. ass.*, 2010, p. 1130 ss.; ID., *La tutela collettiva*

aspetti essenziali del rimedio lo avvicinano senz'altro al modello della *class action*⁷⁸.

risarcitoria 2009: la tela di Penelope, in *Foro it.*, 2009, V, p. 388 ss.; COSTANTINO, G.-CONSOLO, C., *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 985 ss.; D'ALFONSO, G., *Sub art. 140-bis c. cons.*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, p. 938 ss.; DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, in *La nuova class action e la tutela collettiva dei consumatori*, a cura di G. Chinè e G. Miccolis, Roma, 2010, p. 110 ss.; DE CRISTOFARO, M., *L'azione collettiva risarcitoria «di classe»: profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 1932 ss.; FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in AA.VV., *I diritti dei consumatori e la nuova class action*, a cura di P.G. Demarchi, Bologna, 2010, p. 487 ss.; FRIGNANI, A., *L'azione di classe italiana. Luci e ombre*, in *Diritto econ. ass.*, 2010, p. 1111 ss.; MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit.; MENCHINI, S., *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo*, in *www.judicium.it*; GIUGGIOLI, P.F., *I soggetti tutelati e le loro associazioni*, in *Diritto econ. ass.*, 2010, p. 1120 ss.; GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 595 ss.; Id., *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 159 ss.; GUERNELLI, M., *La nuova azione di classe: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 917 ss.; PACE, A., *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova «class action»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 15 ss.; PAGNI, I., *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 349 ss.; PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 251 ss.; PUNZI, C., *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 253 ss.; SANTANGELI, F.-PARISI, P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, in AA.VV., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 207 ss.; SANTANGELI, F., *Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento con gli strumenti di tutela collettiva*, in *www.judicium.it*; SCUFFI, M., *La class action in funzione antitrust*, in *Diritto econ. ass.*, 2010, p. 1158 ss.; TARUFFO, M., *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 103 ss.; TAVORMINA, V., *La nuova class action: il coordinamento con la disciplina del codice di procedura civile*, in *Obbligazioni e contr.*, 2010, p. 246 ss.; ZOPPINI, A., *Alcune brevi riflessioni sulla riforma della disciplina in materia di «azione di classe»*, in *Diritto econ. ass.*, 2010, p. 1125 ss. Cfr. anche AA.VV., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010; LOGOLUSO, F., *Tutela del consumatore e azioni collettive di classe*, Roma, 2010, p. 235 ss.; BENVENUTO, S.L.-GUASTADISEGNI, F.-FRATA, L.-BUCCIOLI, F., *Guida alla class action*, Milano, 2009; BARTOLINI, F.-SAVARRO, P., *La nuova class action*, Piacenza, 2010; FANETTI, F.R., *La «nuova» class action*, in *Resp. civ.*, 2009, p. 997 ss.; AMBROSI, I.-D'AURIA, M., *L'azione di classe (c.d. class action)*, in *Il processo civile competitivo*, a cura di A. Didone, Torino, 2010, p. 387 ss.

⁷⁸ A parte due disegni di legge volti fondamentalmente a ritoccare in qualche punto il vecchio testo (cfr. i d.d.l. nn. C/1824 e C/1845), le altre opzioni di riforma

La nuova vocazione è fatta palese sin alla rubrica dell'articolo, che, sebbene non vincolante sul piano interpretativo, da «azione collettiva risarcitoria» diviene per l'appunto «azione di classe»⁷⁹.

Nel testo della norma vi sono poi talune disposizioni che costituiscono addirittura la traduzione letterale o quasi letterale della *rule 23* delle *Federal rules of civil procedure* statunitensi. Si prenda in considerazione, ad esempio, il comma 6 dell'art. 140-*bis* c. cons., che ora prevede espressamente che il giudice dichiari inammissibile la domanda «quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe», mentre

svelavano un approccio ben più radicale. Una prima proposta di modifica si caratterizzava, in particolare, per la scelta operata in tema di legittimazione ad agire; una scelta non esente da un vizio di eccessiva burocratizzazione, posto che l'azione spettava ad un comitato di consumatori e utenti, costituito con atto pubblico, dotato di apposito fondo e tenuto ad una lista di adempimenti volti a conferire serietà all'iniziativa intrapresa e determinati con decreto adottato dal Ministro della giustizia, sentito il Ministro dello sviluppo economico, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari (così, il comma 3 dell'art. 140-*bis* c. cons. nella proposta di modifica contenuta nel d.d.l. n. C/410). Ben più innovativa ed articolata era la rivisitazione proposta da altra iniziativa parlamentare, fortemente ispirata alla disciplina della *class action* federale statunitense. I punti salienti di questo disegno di legge erano i seguenti: legittimazione ad agire conferita ai singoli consumatori e, solo congiuntamente a questi ultimi, ad associazioni e comitati; articolata fase preparatoria volta ad ammettere l'azione proposta con eventuale selezione, nel caso di pluralità di istanze, del proponente maggiormente rappresentativo; procedimento disciplinato dal rito ordinario societario previsto dal d.legisl. 17 gennaio 2003, n. 5, con possibilità di proposizione della domanda nelle forme sommarie previste dall'art. 19 dello stesso decreto; disciplina della transazione con efficacia collettiva; introduzione del danno punitivo; disciplina apposita delle spese e degli onorari dei difensori; nomina di un curatore amministrativo dotato di varie funzioni, tra cui quelle di tenere l'elenco degli aderenti, escludere i consumatori non appartenenti alla classe, indire la votazione della proposta transattiva approvata dalle parti, rappresentare i consumatori in sede di esecuzione e procedere alla ripartizione delle somme ottenute (cfr. il d.d.l. n. S/454).

⁷⁹ Come puntualmente rilevato da parte della dottrina, alla nuova rubrica della norma corrisponde un nuovo assetto del rimedio: cfr. CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1297 ss., spec. p. 1300; PUNZI, C., *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, cit., spec. p. 254; contra, ALPA, G., *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato. Prime note*, in A.A.V.V., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, cit., p. 3 s.

la *FRCP* 23 (a) (4) dispone che «the representative party will fairly and adequately protect the interests of the class».

Oppure si prenda ad esempio il comma 11, il quale, nel disciplinare i poteri di programmazione della controversia, prevede che il «tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti». La *rule* 23 (d) prescrive dal canto suo che «in the conduct of the actions to which this rule applies, the court may make appropriate orders: (1) determining the course of proceedings or prescribing measures to prevent undue repetition or complication in the presentation of evidence or arguments».

D'altro canto non sono ovviamente i dati nominalistici ad essere determinanti.

La nuova disciplina dell'art. 140-*bis* c. cons. diverge dalla precedente sotto diversi punti di vista, ma ai fini della corretta qualificazione del rimedio spiccano senz'altro i seguenti profili:

a) il regime di legittimazione ad agire, che ora è a base individuale e non associativa, in quanto il potere di proporre la domanda è riconosciuto a «ciascun componente della classe» che si riveli adeguatamente rappresentativo;

b) il regime del potere di adesione, che ora può essere esercitato solo entro il termine fissato dal giudice con l'ordinanza di ammissibilità e senza la possibilità di convertirsi in un intervento volontario vero e proprio;

c) l'oggetto del giudizio, ora ancorato ai «diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti», ovvero a quei diritti che per le loro caratteristiche di «identità-omogeneità» consentono la condanna del convenuto al pagamento delle somme o, almeno, la pronuncia di una sentenza dichiarativa della responsabilità;

d) il ruolo centrale spettante al giudice all'interno del processo non solo al momento della verifica dell'ammissibilità dell'azione, ma anche nelle fasi successive del procedimento nelle quali può contare sulla titolarità di penetranti poteri di *case management* giudiziale al fine di adattare al meglio il procedimento alle caratteristiche concrete della controversia.

Non esclude la riconduzione del nuovo rimedio al modello della *class action* il regime di *opt-in* prescelto per la perimetrazione soggettiva degli effetti del giudicato⁸⁰; scelta per diversi versi criticabile, ma comunque non influente sul piano della ricostruzione dei meccanismi strutturali essenziali dell'azione⁸¹.

⁸⁰ PUNZI, C., *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 257.

⁸¹ Il regime di *opt-out* è, infatti, senz'altro più efficiente rispetto agli obiettivi di economia processuale e deflattivi. Da questo punto di vista particolare interesse merita il report di MULHERON, R., *Reform of Collective Redress in England and Wales: a Perspective of Need*, p. 17 ss., 32 ss. (agevolmente reperibile su *internet*); incentrato proprio sull'esigenza di riformare la disciplina delle controversie collettive nel Regno Unito passando da un regime di *opt-in* ad un regime di *opt-out*. Cfr. anche MULHERON, R., *Justice Enhanced: Framing an Opt-Out Class Action for England*, in 70 *The Modern L. Rev.*, 2007, vol. 70, p. 550 ss. Particolare interesse appartiene all'esperienza olandese, imperniata su un sistema di conciliazione collettiva con sindacato giudiziale di ragionevolezza e diritto di *opt-out* da parte dei soggetti interessati (cfr. VAN DER GRINTEN, P., *The Dutch Experience: A true Story of Collective Redress in the Netherlands*, intervento al Convegno internazionale sul tema *Tutela collettiva, Verso una class action in Europa?*, Firenze, 30-31 ottobre 2008). D'altro canto, la ragione che ha indotto il legislatore italiano a privilegiare un regime basato sulle volontarie adesioni è evidente a tutti, ovvero il rischio che il regime di *opt-out* potesse costituire una illegittima lesione del diritto di azione e difesa spettante ad ogni membro della classe in forza dell'art. 24, comma 1 e 2, Cost. (cfr. PUNZI, C., *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 257; MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1427). Tuttavia è dubbio che tale considerazione sia in assoluto risolutiva. In riferimento al primo profilo, ovvero in riferimento specifico alla garanzia dell'azionabilità dei diritti sostanziali, occorre tener conto del fatto che il nostro ordinamento ammette da tempo fenomeni di sostituzione processuale nei casi in cui vi siano ragioni tali da giustificare l'esercizio del diritto altrui in nome proprio (cfr. ad es. GIUSSANI, A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, cit., p. 47 ss.; ID., *Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 465 ss., spec. p. 470, che rimarca con forza la maggiore portata deterrente dell'*opt-out*; così anche TARUFFO, M., *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, cit., p. 106). Il concedere l'azione a soggetti che, secondo la concezioni dogmatiche prevalenti, non sono titolari del diritto sostanziale sottostante non urta – quindi – con il principio secondo cui «tutti possono agire per la tutela dei propri diritti soggettivi»; principio dal quale è dato dedurre che: *a*) il titolare del diritto soggettivo sostanziale non può vedersi negata la via del processo allorché si realizzi una lesione della sua posizione giuridica; *b*) salvo le eccezioni espressamente previste dalla legge (cfr. art. 81 c.p.c.) spetta solo al titolare di tale diritto esercitare l'azione; *c*) tali eccezioni sono giustificate da significative esigenze di tutela di pari fondamento costituzionale. E dette esigenze ricorrono senz'altro, posto che nell'azione di classe il potere di azione del

6.2. Azione di classe, azione di gruppo o azione collettiva risarcitoria?

Per queste ragioni la formulazione della rubrica chiama correttamente il nuovo rimedio «azione di classe» e non azione di gruppo oppure azione collettiva risarcitoria.

proponente serve proprio ad aumentare il tasso di effettività della tutela giurisdizionale nei confronti dei titolari dei diritti azionati. In riferimento, invece, al secondo profilo garantistico, ovvero in relazione al rispetto del diritto di difesa che deve riconoscersi a ciascun membro della classe, in primo luogo si potrebbe osservare che ogni soggetto leso resta libero di richiedere l'esclusione dalla classe, ovvero di esercitare il proprio diritto di *opt-out*. Di contro, però, si potrebbe replicare evidenziando che il soggetto desideroso di essere escluso è comunque costretto ad attivarsi per evitare il coinvolgimento nel giudizio. Anche l'inconsistenza di quest'argomento viene però nuovamente svelata dal raffronto con l'istituto della sostituzione processuale nel quale sussiste parimenti un onere della parte sostituita di attivarsi per evitare gli effetti eventualmente pregiudizievoli di un giudicato di rigetto. Stando alla ricostruzione dottrinale dominante, infatti, il sostituito è parte necessaria ai sensi dell'art. 102 c.p.c. nel giudizio instaurato dal sostituto e ciò vuol dire che il sostituito per non subire passivamente gli effetti della sentenza, deve addirittura partecipare attivamente al giudizio, costituirsi, difendersi e non può semplicemente sottrarsi al processo. Nonostante questo, però, la delicatezza del problema richiede un supplemento di riflessione. Come essere sicuri, infatti, che tutti i membri della classe abbiano ricevuto un'adeguata e tempestiva notizia dell'avvio del giudizio collettivo? Affrontando il problema in termini non formali, ma pragmatici, si potrebbe osservare che riguardo a certe tipologie di controversie ovvero in riferimento al contenzioso marcatamente seriale di basso valore economico individuale (*small claims*), è ben difficile che i singoli intendano escludersi dal giudizio al fine di perseguire autonomamente la via giudiziale. In altri termini la premessa funzionale del giudizio collettivo (cioè il fatto che questo serve a far emergere il contenzioso latente) servirebbe anche a risolvere il problema dell'efficacia generale della sentenza. In altre parole, se l'azione collettiva viene introdotta sul presupposto che certe controversie non arrivano al giudice, non si può poi negare tale premessa ritenendo che tutti i membri della classe diventino improvvisamente desiderosi di richiedere giustizia da sé. Se si pensasse di poter essere appagati da tale impostazione, il problema rimarrebbe comunque fermo per le cause di valore medio o medio elevato. Come fare in queste ipotesi? La *rule 23*, ad esempio, risolve il problema imponendo al giudice di notificare i membri del gruppo dell'avvio del giudizio collettivo secondo le migliori modalità possibili in relazione alle circostanze, «*including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort*». Per sintetizzare potremmo dire che il problema della lesione del diritto di difesa in realtà si trasforma nel problema della determinazione delle corrette forme di notificazione. Ma come fare nei casi in cui la difficoltà di identificazione dei soggetti appartenenti alla classe rende impossibile una notificazione *ad personam* o nei casi in cui (esemplare è il

È nota l'importanza che il linguaggio riveste all'interno del fenomeno giuridico, sicché è opportuno dare alla definizione del rimedio il suo giusto rilievo.

celebre caso *Eisen*) tale forma di notificazione diviene eccessivamente onerosa? Probabilmente occorre accorgersi che il cercare di risolvere il problema della violazione del diritto di difesa nelle azioni di classe caricando di aspettative l'istituto della notificazione rappresenta un difetto di prospettiva che va coscienziosamente evitato. La strada per farlo è rappresentata dall'interrogarsi sull'esatto significato della garanzia del diritto di difesa nel nostro ordinamento in diretto riferimento ai giudizi collettivi. Ciò significa in primo luogo allontanarsi dalla concezione tradizional-liberale del diritto di difesa; tradizione che ha elaborato il concetto in termini assolutamente formali e in riferimento a giudizi individuali. Il discorso meriterebbe un ampio approfondimento, ma basti in questa sede osservare che nell'ottica ora indicata il diritto di difesa viene assunto come il diritto a partecipare e contraddire all'interno del giudizio (*right to be heard...*) e scarsa rilevanza è attribuita a come sia strutturato il processo in ordine al suo scopo essenziale di garantire la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi violati. Ciò sta a significare che in quest'ordine di idee lo stesso concetto di giustizia della sentenza assume un valore formale che è per l'appunto adeguatamente garantito dalla mera possibilità di partecipare al giudizio. D'altro canto, con l'avvento della Costituzione il diritto di difesa e lo stesso concetto di tutela giurisdizionale hanno acquistato valenze nuove, assumendo rilievo eminentemente sostanziale in ragione del coordinato disposto degli artt. 3, comma 1 e 2, e 24, comma 1 e 2. È nata così l'esigenza costituzionale di una tutela giurisdizionale effettiva ed in questa nuova ottica anche il diritto di difesa ha richiesto e richiede, per poter essere rispettato, un processo che produca decisioni «giuste» e non un processo purchessia nel quale la parte possa semplicemente far sentire la sua voce. Siamo, insomma, al grande tema del «giusto processo», che impone allo studioso di ripensare il giudizio in un'ottica funzional-costituzionale. Ma allora l'interrogativo che va posto è questo: come occorre intendere il diritto di difesa nei giudizi collettivi risarcitori alla luce di una concezione costituzionale non meramente formale? La risposta a tale quesito sembra dover essere la seguente: se la costituzionalizzazione del diritto processuale ha già di per sé favorito l'emersione di un garantismo su base non meramente formale e soggettiva, ma anche propriamente oggettiva, ovvero di un garantismo che presti attenzione a come effettivamente il processo è strutturato in ordine al raggiungimento del suo obiettivo istituzionale, il riferimento particolare di tale problematica alla tutela collettiva risarcitoria dovrebbe accentuare ulteriormente sia il fenomeno di spersonalizzazione del diritto di difesa (cfr. anche per ulteriori riferimenti DONZELLI, R., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 253, 478 ss., 478 nota 137, 481 nota 141, 486 nota 149), quale naturale conseguenza del rilievo *lato sensu* pubblicistico che appartiene alla tutela processuale apprestata, sia l'esigenza che il processo si presenti di per sé come uno strumento idoneo a garantire la migliore tutela giurisdizionale collettiva possibile. Ed allora questo risultato non può di certo essere conseguito gravando di aspettative il solo istituto della notificazione, ma, al contrario, l'ambito della riflessione deve essere ampliato sino a comprendere tutti i diversi profili della procedura che rispondono *globalmente*

Come osservato altrove, è bene qualificare come «collettiva» l'azione che è rivolta alla tutela di situazioni giuridiche a rilevanza sovraindividuale.

L'«azione collettiva» costituisce, dunque, il *genus* entro cui inscrivere i diversi rimedi processuali cognitivi, che, sebbene con funzioni e strutture specifiche, cercano di adeguarsi alla natura collettiva della lite⁸².

All'interno di questa cornice si possono poi ritagliare diverse realtà a seconda del criterio prescelto per classificarle.

Si può prendere come punto di riferimento il legittimato ad agire e distinguere tra azione collettiva a legittimazione diffusa, cioè individuale, o azione collettiva a legittimazione associativa. Si può prendere come criterio la natura del provvedimento richiesto e distinguere tra azione collettiva inibitoria o risarcitoria. Si può

all'obiettivo di rendere il processo un *giusto processo collettivo* (e non un giusto processo individuale), ovvero uno strumento di tutela in grado di pervenire alla *migliore tutela giurisdizionale collettiva possibile*. Questa strada richiede ovviamente particolare cura, attenzione e convinzione, ma chi si illude di risolvere il problema con un'operazione da colpo d'ascia piuttosto che con misurati interventi di cesello vive nel mondo delle illusioni. Le osservazioni ora avanzate inducono, quindi, da un lato, ad escludere che il regime di *opt-out* sia di per sé incostituzionale e, dall'altro, a portare l'attenzione sugli altri profili rilevanti da cui dipende l'effettiva compatibilità dell'azione collettiva risarcitoria di classe con le garanzie previste dalla nostra Costituzione. Va inoltre tenuta presente la possibilità di estendere *ultra partes* il giudicato solo riguardo alle c.d. *small claims* (cfr. ad esempio CAPONI, R., *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 828, nota 27; ID., *La riforma della «class action», Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, cit., § 14). Così accade nella legge danese – l. n. 181/2007 – nella quale il regime di *opt-out* è ammesso se la somma richiesta su base individuale non supera i 2.000 DKK e se il regime di *opt-in* è considerato inappropriato per i costi della notificazione o per la difficoltà di identificazione dei soggetti interessati. In argomento, v. lo studio presentato dal Ministero della giustizia danese, *New Rules on Class Actions under Danish Law*, in www.justitsministeriet.dk/fileadmin/downloads/rules.pdf; v. anche WERLAUFF, E., *Class Actions in Denmark – 2008*, nonché Øe, H., *Collective Redress in Danish Law and Perspective at EU Level*, entrambi in www.globalclassactions.stanford.edu.

⁸² V., per tutti, DENTI, V., *Interessi diffusi*, in *Noviss. Dig. it., Appendice, IV*, Torino, 1983, p. 305 ss., spec. p. 312; ID., *Profili civilistici della tutela degli interessi diffusi*, in *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività* (Atti del convegno nazionale promosso dalla sezione di Bologna di Italia Nostra, Bologna, 5 dicembre 1981), Rimini, 1982, p. 48 ss.

ancora guardare all'estensione soggettiva del giudicato e distinguere tra azione collettiva di gruppo o azione collettiva di classe.

L'azione prevista dall'art. 140-*bis* c. cons. appartiene senz'altro alla famiglia delle azioni collettive. Più nel dettaglio ha diversi profili che meglio la definiscono: la legittimazione spetta solo ai singoli, il singolo è investito dal giudice del compito di rappresentare la classe, il contenuto del provvedimento richiesto ha natura risarcitoria o restitutoria, ogni singola classe ha una sola azione in quanto l'effetto consumativo investe la classe intera.

È dunque un'azione collettiva individuale rappresentativa risarcitoria di classe; più brevemente: un'azione di classe.

Non appare opportuno, dunque, definirla come azione di gruppo, poiché questo *nomen* risente ancora di una concezione individuale del processo collettivo, che viene ad essere inteso come l'aggregato delle diverse pretese creditorie spettanti a coloro che hanno aderito al giudizio. In altri termini, muovendosi nella prospettiva dell'azione di gruppo, si pone l'accento maggiormente sul singolo aderente e non sulla classe come soggetto a sé a cui spetta direttamente l'azione, che viene esercitata mediante il rappresentante idoneo a tutelare gli interessi della classe stessa.

In riferimento alla precedente formulazione della norma sussisteva un certo margine per poter accedere a questa qualificazione, poiché essa non chiariva quale fosse il regime preclusivo conseguente ad un eventuale rigetto della domanda proposta ai sensi dell'art. 140-*bis* c. cons.

Si poteva, allora, sostenere che i diversi legittimati ad agire potessero farsi portavoce di distinti gruppi di consumatori lesi dal medesimo illecito.

Ora la norma esclude espressamente tale eventualità, perché il comma 14 del nuovo art. 140-*bis* c. cons. chiarisce che l'effetto consumativo dell'azione derivante dal rigetto nel merito della domanda si produce in capo a tutta la classe e non solo in riferimento agli aderenti⁸³.

⁸³ Cfr. *infra*, cap. V, § 4.

Autorevole dottrina ha osservato che chiamare lo strumento disciplinato dalla nuova norma azione collettiva risarcitoria sarebbe stato più in linea con il contesto europeo⁸⁴, tuttavia, come detto, denominarla azione di classe evidenzia meglio la sua vicinanza al modello tradizionale di *class action*, cioè chiarisce sin dal nome che il processo disciplinato dall'art. 140-*bis* c. cons. è un processo di classe, con i profili funzionali e strutturali tipici del rimedio.

6.3. *Il contesto culturale italiano*

In dottrina si è osservato che l'azione di classe italiana prevista dall'art. 140-*bis* c. cons. non è riconducibile alla *class action* statunitense in ragione del diverso contesto culturale entro cui essa andrà ad operare, ovvero in ragione della differente mentalità appartenente per tradizione ad avvocati e giudici, rilevando anche la mancanza di adeguati strumenti di incentivo e soprattutto l'assenza di una specifica regolamentazione delle spese processuali⁸⁵.

Queste osservazioni sono senz'altro corrette e colgono dei profili critici del rimedio; in particolare quello relativo all'apprestamento degli adeguati strumenti di incentivo che devono necessariamente sorreggere la soluzione tecnica attualmente adottata sul piano della legittimazione ad agire, affinché essa possa funzionare in concreto.

Tuttavia, a parer nostro, tali considerazioni non possono

⁸⁴ Cfr. CAPONI, R., *La riforma della «class action», Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, cit., § 4; ID., *Il nuovo volto della class action*, cit., p. 383.

⁸⁵ Cfr. ad es. CAPONI, R., *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, cit., p. 1226; ID., *Il nuovo volto della class action*, cit., p. 383; ID., *La riforma della «class action», Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, cit., § 4; CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1303; COSTANTINO, G., *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, cit., p. 388; DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 134; FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 488 s.); GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 595 s.

avere un'influenza determinante sul piano della corretta ricostruzione del rimedio; ricostruzione che deve prendere come premessa le finalità che appartengono a questa particolare tipologia di tutela giurisdizionale e su tali basi affrontare la disciplina positiva data dal legislatore allo strumento.

La consapevolezza riguardo ai limiti culturali del contesto italiano deve di contro indurre la dottrina e la giurisprudenza ad evitare che nel nostro Paese si ripetano errori già compiuti.

Il rischio che infatti va assolutamente fugato è che lo strumento appena introdotto viva con una anima non propria, ovvero riceva una lettura non consona alla sua essenza, ma piuttosto ereditata dagli istituti già appartenenti al nostro ordinamento processuale; istituti introdotti dal legislatore e successivamente affinati nel loro assetto dogmatico dall'elaborazione dottrinale alla luce di principi validi per soddisfare esigenze di tutela di natura differente rispetto a quelle che il nuovo art. 140-*bis* c.p.c. è chiamato ad affrontare.

Questo tipo di percorso diviene ancor più essenziale proprio nel contesto culturale italiano, che, come detto, si è sviluppato all'interno di una cornice positiva che per lungo tempo ha mortificato ad ogni livello la valenza sovraindividuale degli interessi tutelati: un ordinamento in cui l'interesse collettivo è diventato il diritto soggettivo collettivo dell'ente esponenziale di turno ed il processo chiamato a darne riconoscimento ed attuazione è rimasto il tradizionale processo individuale elaborato dalla dottrina per la tutela di diritti soggettivi volti alla protezione di interessi individuali esclusivi. Ciò senza che il legislatore abbia mai veramente pensato di adottare una disciplina della legittimazione ad agire, un procedimento cognitivo, un regime degli effetti della sentenza, che, in attuazione del noto principio di strumentalità del diritto processuale al diritto sostanziale, fossero adeguati alla consistenza sovraindividuale delle situazioni giuridiche soggettive bisognose di tutela⁸⁶.

⁸⁶ LANFRANCHI, L., *Costi sociali della giustizia civile e degiurisdizionalizzazione neoliberalista*, in *Giur. it.*, 1996, IV, p. 158 ss.; ID., *Le animulae vagulae blandulae e l'al-*

Oggi, con l'approvazione del nuovo art. 140-*bis* c. cons. bisogna evitare di compiere nuovamente gli stessi errori, sottovalutando le esigenze specifiche a cui deve rispondere il nuovo rimedio, ed occorre di contro guardare al nuovo rimedio con una rinnovata sensibilità, favorendo semmai, come già autorevolmente indicato da tempo, non proprio una rivoluzione, ma senz'altro un rinnovamento culturale, che liberi l'interprete dalla sistematica tradizionale del processo civile⁸⁷.

tra faccia della luna, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2003, spec. p. XLIII ss.

⁸⁷ Per tutti, v. DENTI, V., *Relazione introduttiva*, cit., p. 7 ss.; osserva al riguardo VIGORITI, V., *Finalmente, l'azione di classe. Primi rilievi*, in A.A.V.V., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 19: «si apre dunque un'epoca da vivere con atteggiamento costruttivo e di favore. Il sistema va aiutato ad assorbire la novità, e non gioverebbe esibirsi nel gioco usuale della segnalazione delle incongruenze, degli errori tecnici, delle situazioni problematiche. Siamo all'inizio di qualcosa di importante che durerà nel tempo, qualcosa da non mortificare, da difendere e migliorare».

CAPITOLO SECONDO

LA TITOLARITÀ DEL POTERE DI AZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La titolarità del potere di azione. – 2.1. Premessa. – 2.2. Sostituzione processuale? – 2.3. Concorso di azioni o azione unica plurisoggettiva? – 2.4. Conclusioni: l'art. 140-*bis* c. cons. non prevede un regime di legittimazione ad agire propriamente individuale. – 2.5. L'art. 140-*bis* c. cons. prevede una azione in titolarità della classe stessa. – 2.5.1. La legittimazione ad agire di classe. – 2.5.2. Il proponente come rappresentante della classe. – 2.5.3. Il rapporto tra l'aderente e il proponente. – 2.5.4. La posizione processuale dell'aderente. – 3. L'intervento. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa*

Nelle prime pagine del capitolo precedente sono stati individuati i profili dogmatici dell'azione di cognizione sui quali incide la natura individuale dell'interesse sostanziale protetto.

La riconducibilità dell'interesse tutelato ad un unico soggetto, se determina sul piano sostanziale la piena disponibilità della tutela giuridica apprestata nella forma del diritto soggettivo, sul piano processuale dà luogo all'attribuzione in via esclusiva del potere di azione, ossia ad un regime di legittimazione ad agire a titolo individuale ed esclusivo.

Nel nostro ordinamento ricorrono, però, anche ipotesi in cui la sussistenza di interferenze e relazioni tra diversi interessi sostanziali conducono a talune deroghe o attenuazioni del principio ora indicato dando luogo a regimi di legittimazione ad agire plurima e concorrente.

È il fenomeno che chi scrive ha già avuto modo di evidenziare in riferimento alla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi in senso proprio, riguardo alla quale si era evidenziata la relazione di proporzionalità inversa sussistente tra l'estensione soggettiva dell'interesse sostanziale ed il grado di condizionamento che il singolo è capace di esercitare sull'attivazione della tutela giurisdizionale.

In altri termini: più un certo interesse è esteso o generalizzato, maggiore è la tensione che l'ordinamento manifesta a che la regola di diritto riceva attuazione, privando il singolo di quel potere monopolistico che invece possiede riguardo agli strumenti di tutela giurisdizionale degli interessi puramente individuali¹.

Quel che va rimarcato è che in tutti questi casi, in cui l'interesse assume rilievo sovraindividuale, il nostro ordinamento non opera mediante una deroga al principio della domanda e la tutela giurisdizionale non procede ufficiosamente. Al contrario la soluzione adottata è quella di estendere la legittimazione ad agire, eventualmente creando parti «artificiali» quali possono essere il pubblico ministero oppure altri soggetti esponenziali dell'interesse sovraindividuale.

Come vedremo tra breve la soluzione adottata in riferimento all'art. 140-*bis* c. cons. presenta significative differenze rispetto alle opzioni tecniche seguite sinora nel nostro ordinamento.

Il dato comune è ovviamente quello di estendere la legittimazione ad agire al fine di garantire una più efficace ed effettiva tutela giurisdizionale in conformità con le specifiche esigenze che sono proprie del contenzioso di massa.

Al di là di questo dato comune, peraltro, ovviamente legato alla rilevanza sovraindividuale degli interessi lesi, la soluzione tecnica adottata dal nuovo art. 140-*bis* c. cons. non è riconducibile con semplicità agli schemi noti, ma al contrario necessita una nuova soluzione formale.

¹ Cfr. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 377 ss.

2. *La titolarità del potere di azione*

2.1. *Premessa*

Riguardo alla titolarità del potere di azione, il precedente art. 140-*bis* c. cons. riconosceva la legittimazione ad agire in via collettiva alle associazioni dei consumatori riconosciute ai sensi dell'art. 137 del codice e già legittimate all'esercizio dell'azione collettiva inibitoria ai sensi dell'art. 139, nonché alle associazioni ed ai comitati che fossero «adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere».

Tale regime normativo, invertendo la linea di politica legislativa da tempo seguita in Italia ed accogliendo parzialmente i suggerimenti della dottrina², riconosceva, dunque, la legittimazione ad agire non solo a soggetti collettivi predeterminati, la cui rappresentatività era già stata valutata *ex ante* per via amministrativa, ma anche a formazioni collettive eventualmente costituite in occasione dell'illecito e la cui adeguata rappresentatività andava valutata dal giudice in concreto riferimento alla controversia avviata.

D'altro canto, nonostante la crescente tendenza a guardare con favore la disciplina delle *class actions* statunitensi anche in punto di legittimazione ad agire, il singolo consumatore, stando al vecchio art. 140-*bis* c. cons., rimaneva escluso dall'area dei legittimati³.

² Cfr., ad es., CARRATTA, A., *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2003, p. 79 ss., ma spec. p. 126 s.; TARUFFO, M., *Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, ivi, p. 53 ss.; ID., *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in AA.VV., *Le azioni collettive in Italia*, a cura di C. Belli, Padova, 2007, p. 13 ss. Sul tema, v. anche gli autori indicati *infra*, nota 38.

³ V., infatti, le critiche di CARRATTA, A., *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 721 ss., spec. p. 727; ID., *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 315 ss., spec. p. 322 ss.; per ulteriori osservazioni critiche riguardanti i progetti di legge che, prima dell'approvazione dell'art. 140-*bis* c. cons., escludevano parimenti i singoli consumatori dal novero dei legittimati ad agire, v. MARENGO, R., *Garanzie processuali e tutela dei consumatori*, Torino, 2007, p. 170 s.

La nuova disciplina cambia questo stato di cose e prevede che «i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo» e «a tal fine *ciascun componente* della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati a cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni».

Il singolo consumatore, dunque, da mero destinatario passivo della tutela è divenuto la leva propulsiva della stessa, spazando via una posizione di privilegio riconosciuta per anni agli enti esponenziali stabilmente organizzati⁴.

Sul piano formale, quindi, spetta al consumatore promuovere il giudizio di classe e i soggetti collettivi possono agire solo mediamente e condizionatamente ad una libera scelta del singolo componente della classe, che, come prevede la norma, può agire anche dando mandato ad associazioni o mediante comitati a cui partecipa.

Questa possibilità non altera ovviamente l'assetto dogmatico del potere di azione, che, salvo le precisazioni che tra breve svolgeremo, va comunque riferito al componente della classe.

Più in particolare, nonostante alcune pronunce giurisprudenziali ritengano il contrario⁵, sia in un caso che nell'altro, l'art. 140-*bis* c. cons. detta una deroga all'art. 77 c.p.c., secondo cui, come è noto, la rappresentanza processuale volontaria non va disgiunta da quella sostanziale⁶; deroga già conosciuta nel nostro

⁴ TARUFFO, M., *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 103 ss., spec. p. 111 s.

⁵ Cfr. T. Torino, 7 aprile 2011, in *www.il caso.it*, p. 17-18, che ha ritenuto non valido il mandato dato dal consumatore all'associazione proprio perché il potere rappresentativo non era conferito anche sul piano sostanziale; condizione ritenuta necessaria in ordine a future ed eventuali conciliazioni e transazioni collettive.

⁶ In questo senso, v. anche FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in AA.VV., *I diritti dei consumatori e la nuova class action*, a cura di P.G. Demarchi, Bologna, 2010, p. 487 ss., spec. p. 498; GIUSSANI, A., *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 159 ss., spec. p. 163; MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A.,

ordinamento in materia antidiscriminatoria, nella quale diverse disposizioni, nel tentativo di riequilibrare la posizione della parte debole attrice rispetto a quella del convenuto, consentono l'esercizio dell'azione individuale delegata da parte degli enti rappresentativi di volta in volta individuati dalla legge⁷.

Il disposto del nuovo art. 140-*bis* c. cons. pone, peraltro, due problemi.

In primo luogo la norma, come anche l'art. 38, comma 1, del Codice delle pari opportunità, non prevede quali requisiti di forma debba rispettare il mandato, cosa che al contrario fanno diverse altre disposizioni, ovvero l'art. 5, comma 1, del d.legisl. n. 215/2003, l'art. 4, comma 1, del d.legisl. n. 216/2006, nonché anche l'art. 4, comma 1, della l. 67/2003, secondo cui la delega ai soggetti esponenziali per l'esercizio dell'azione individuale in nome e per conto del soggetto discriminato deve essere conferita in forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata a pena di nullità⁸.

L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons., in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 1413 ss., spec. p. 1424; SANTAGADA, F., *La conciliazione dell'azione collettiva risarcitoria: note a margine della [proposta di] riforma dell'art. 140-bis cod. consumo*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, III, Napoli, 2010, p. 1824 ss., spec. p. 1832 s.; *contra*, GUERNELLI, M., *La nuova azione di classe: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 917 ss., spec. p. 919; cfr. anche RORDORF, R., *L'azione di classe nel novellato art. 140-bis cod. consumo: considerazioni (e qualche interrogativo)*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 183 ss., spec. p. 185, secondo cui «la legittimazione sostanziale è dei singoli consumatori [...], quella processuale compete a chi si fa promotore dell'iniziativa: di regola un'associazione o un comitato, ma eventualmente anche un singolo componente della classe che si qualifichi come tale»; TAVORMINA, V., *La nuova class action*, cit., p. 247; in argomento, v. anche SANTANGELI, F.-PARISI, P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, in AA.VV., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 207 ss.

⁷ Per approfondimenti, v. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 604 ss.; oppure la voce *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *Enc. giur. Trec*, Roma, 2008, p. 2.

⁸ Riguardo alla forma del mandato, si è osservato che i principi generali previsti dagli artt. 1387 e 1704 c.c. inducano a ritenere che debba essere scritta in conformità alla forma richiesta per la proposizione della domanda: cfr. PUNZI, C., *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 257; TAVORMINA, V., *La nuova class*

Va comunque precisato che il mandato, in quanto conferito anche nell'interesse del mandatario (in questo caso l'associazione), nonché nell'interesse di terzi (ovvero i consumatori appartenenti alla classe), dovrebbe ritenersi soggetto al regime di irrevocabilità previsto dall'art. 1723, comma 2, c.c.⁹.

In secondo luogo, la formulazione del comma 1, nella parte in cui legittima il consumatore ad agire «mediante comitato a cui partecipa», sembrerebbe escludere un conferimento espresso del mandato.

La spiegazione della scelta operata dal legislatore potrebbe essere rinvenuta nella contrapposizione tra, da un lato, l'azione delegata ad enti – quali le associazioni – costituiti prima dell'illecito per la promozione e la tutela dell'interesse collettivo della consumatori e, dall'altro, l'azione delegata ad enti costituiti proprio in ragione dell'illecito e proprio da parte dei consumatori danneggiati per la tutela processuale degli interessi della classe.

In questo secondo caso, allora, si potrebbe rilevare la sussistenza implicita del rapporto di mandato nello stesso atto di costituzione del comitato; con la conseguenza che il presidente del comitato che propone la domanda di classe agirebbe come rappresentante del comitato e soprattutto dei consumatori che sono componenti del medesimo.

In altri termini, l'oggetto del giudizio sarebbe costituito dai diritti al risarcimento o alle restituzioni in titolarità dei componenti del comitato stesso¹⁰.

action, cit., p. 247; *contra*, però, CONTE, G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in A.A.V.V., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 27 ss., spec. p. 33, nota 8.

⁹ Osserva però FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 498, che il regime di irrevocabilità potrebbe essere lesivo della libertà di agire in giudizio del proponente. In senso contrario all'irrevocabilità, sembra schierarsi T. Torino, 7 aprile 2011, cit., p. 17. In generale, sul mandato irrevocabile, v., per tutti, LUMINOSO, A., *Il mandato*, Torino, 2007, p. 22 ss.

¹⁰ Di questo stesso avviso pare CONTE, G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli*

Indipendentemente da queste questioni di ordine tecnico, in una prospettiva più generale vanno peraltro palesate le perplessità che la scelta operata dal legislatore solleva.

È inevitabile constatare, infatti, che nel passaggio dalle soluzioni per lungo tempo adottate in materia collettiva inibitoria all'attuale art. 140-*bis* c. cons. il legislatore abbia compiuto un passo troppo lungo: prima il singolo consumatore non aveva alcun accesso alla tutela, ora diviene l'unico in grado di accedervi¹¹.

E ciò in quanto, tenendo conto del ruolo che la legittimazione ad agire riveste in questo ambito, nonché del quadro complessivo delle tutele collettive, il legislatore avrebbe dovuto compiere una scelta differente.

In primo luogo ampliare al massimo il novero dei soggetti che in astratto possono accedere al giudizio.

Non ha senso, infatti, in una materia in cui non sussiste un problema di stretta disponibilità della tutela giurisdizionale, restringere l'ambito dei legittimati; al contrario, è opportuno apprestare una disciplina che in astratto massimizzi l'accesso al giudizio e successivamente selezioni in concreto le iniziative affidabili rispetto a quelle che non lo sono.

In secondo luogo, il legislatore avrebbe dovuto uniformare il regime di legittimazione ad agire previsto in materia collettiva risarcitoria ed in materia collettiva inibitoria.

L'art. 140-*bis* c. cons., infatti, si va ad inserire all'interno di un quadro di tutele inalterato, nel quale le azioni collettive previste agli artt. 37 e 140 c. cons. continuano a rimanere saldamente in mano alle associazioni riconosciute ai sensi dell'art. 137 c. cons., con il risultato che, come meglio vedremo, la tutela giurisdizionale collettiva anziché potersi realizzare unitariamente in forza del principio di effettività si biforca necessariamente in due percorsi processuali separati.

utenti, cit., p. 34, che per l'appunto distingue tra i meri sottoscrittori e i componenti del comitato.

¹¹ Su questi profili, v. le puntuali osservazioni di TARUFFO, M., *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, cit., p. 111 s.

2.2. Sostituzione processuale?

Passando alle considerazioni di ordine sistematico e venendo all'esame della posizione processuale del consumatore proponente, si potrebbe formulare una prima ipotesi ricostruttiva: il nuovo art. 140-*bis* c. cons. introduce una azione nuova, ovvero ulteriore e diversa negli effetti rispetto a quella ordinaria, idonea a provocare «l'accertamento della responsabilità e ... la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni» a favore dei «consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela».

All'esercizio della nuova azione è abilitato il singolo consumatore che appartiene alla classe; questi è il legittimato ad agire, cioè è il titolare del potere di azione ed assume la qualità di parte processuale con la proposizione della domanda.

In termini sintetici potremmo dire che abbiamo a che fare con un regime di legittimazione ad agire in via collettiva *a titolo* individuale.

Impostato il discorso nella prospettiva ora indicata, si potrebbe pensare di accogliere l'opzione ricostruttiva, già formulata in riferimento alla prima versione dell'art. 140-*bis* c. cons., secondo cui il potere di azione del consumatore «proponente» deve essere qualificato come una ipotesi di sostituzione processuale condizionata all'atto di adesione da parte dei singoli consumatori interessati¹². Se così fosse, come già sostenuto in altri

¹² Questa opzione ricostruttiva è stata avanza in dottrina già in riferimento alla precedente formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons. da AMADEI, D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. mer.*, 2008, 940 ss., spec. p. 945 ss.; BRIGUGLIO, A., *L'azione collettiva risarcitoria (art. 140-bis Codice del Consumo)*, Torino, 2008, p. 15 ss., nel caso in cui vi siano aderenti al giudizio; TOMMASEO, F., *La partecipazione dei consumatori ai giudizi collettivi risarcitori (note sull'art. 140-bis del codice del consumo)*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, III, Napoli, 2010, p. 1835 ss., spec. p. 1842; riguardo alla nuova norma, v. DE CRISTOFARO, M., *L'azione collettiva*, cit., p. 1942 ss.; FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in AA.VV., *I diritti dei consumatori e la nuova class action*, a cura di P.G. Demarchi, Bologna, 2010, p. 487 ss., spec. p. 497; in giurisprudenza, v. T. Roma, 25 marzo 2011, in *Foro it.*, 2011, fasc. 4, *Anticipazioni e novità*, p. 20 ss.; più genericamente di legittimazione straordinaria parlano LUISSO, F.P.-POTOTSCHNIG, P., *Sub art. 103*, in *Codice di procedura civile commentato*, I, diretto da

settori, il consumatore proporrebbe la domanda di tutela giurisdizionale in qualità di legittimato ad agire ordinario e straordinario al contempo¹³.

Questa lettura coglie un profilo senz'altro significativo dell'istituto. Nella fattispecie in esame, infatti, il consumatore dà inizio ad un giudizio volto ad apprestare tutela giurisdizionale a vantaggio del proprio diritto e, soprattutto, di diritti di spettanza altrui, ovvero dei diritti dei consumatori appartenenti alla classe¹⁴. È rilevabile, quindi, quel profilo latamente sostitutivo che permette di accostarsi al disposto dell'art. 81 c.p.c. Tuttavia, nella sostituzione processuale, tanto se si aderisca all'orientamento maggioritario che richiede la partecipazione al giudizio del sostituito in qualità di litisconsorte necessario¹⁵, quanto se si

C. Consolo, Milano, 2010, p. 1173; posizione a parte, come meglio vedremo *infra*, spetta all'opzione ricostruttiva di CONSOLO, C., *I contenuti decisori del processo collettivo, la condanna generica con provvisoria allo stato degli atti e il perimetro di efficacia della sentenza*, in CONSOLO, C.-BONA, M.-BUZZELLI, P., *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, p. 204, secondo cui «l'attore collettivo è un organo della parte processuale classe e in sostanza una sorta di sostituto processuale volontario degli aderenti».

¹³ Come in generale sostenuto al riguardo da uno dei primi ampi studi in argomento: cfr. VIGORITI, V., *Interessi collettivi e processo*, Milano, 1979, p. 150.

¹⁴ Questo profilo latamente sostitutivo è comunque rimarcato da gran parte della dottrina: GIUSSANI, A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1227 ss., spec. p. 1234; GUERNELLI, M., *La nuova azione di classe: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 917 ss., spec. p. 919 s. e 928; *contra*, CAPONI, R., *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 819 ss., spec. p. 833.

¹⁵ Cfr. in particolare PROTO PISANI, A., *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli, 1965, spec. p. 99 ss., p. 634 s., e poi ID., *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1216 ss., spec. p. 1221; ID., *Dell'esercizio dell'azione*, in *Dell'esercizio dell'azione*, Art. 102, *Litisconsorzio necessario*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, I, 2, cit., p. 1111 s.; ID., *Parte (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 917 ss., ma spec. p. 927; ID., *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in *Foro it.*, 1985, I, p. 2387 ss., ma ora in ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003, p. 321 ss., spec. p. 325; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2010, p. 298 ss. Ma già CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1943, p. 196 s.; ANDRIOLI, V., *Commentario al codice di procedura civile*, I, cit., p. 286; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973, p. 459; ID., *Diritto processuale civile*, I, 1979, Napoli, p. 591; TOMMASEO, F., *L'estromis-*

ritenga che il tratto qualificante dell'istituto risiede, invece, nell'estensione *ultra partes* del giudicato¹⁶, gli effetti del giudizio si producono nei confronti del sostituito indipendentemente dalla sua volontà. È in fondo questo il tratto veramente significativo dell'istituto.

Nell'azione collettiva risarcitoria, invece, nessun effetto si produce se il consumatore leso dalla condotta antiggiuridica dell'imprenditore non lo desidera e non lo manifesta espressamente mediante l'adesione. È chiaro sul punto il coordinato disposto del comma 3 e del comma 14 secondo cui «i consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe» e «la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti».

2.3. *Concorso di azioni o azione unica plurisoggettiva?*

Una ulteriore possibilità per meglio inserire in un contesto sistematico il regime di legittimazione diffusa previsto dall'art. 140-*bis* c. cons. potrebbe allora essere costituita dal conferire assetto plurisoggettivo al potere di azione previsto dall'art. 140-*bis* c. cons.

Ragionando in questi termini, è d'uopo volgere lo sguardo all'ampia letteratura formatasi per dare spiegazione dogmatico-

sione di una parte del giudizio, Milano, 1975, p. 89 ss., ma spec. 110, nonché poi in ID., *Parti: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXII, Roma, 1990, p. 4; MONTELEONE, G.A., *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova, 1978, p. 117 ss.; COSTANTINO, G., *Contributo allo studio del litisconsorzio necessario*, Napoli, 1979, p. 429 ss. e poi ID., *Litisconsorzio: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Trecc.*, XIX, Roma, 1990, p. 8; ID., *Legittimazione ad agire*, ivi, XVIII, 1990, p. 8; TOMEI, G., *Alcuni rilievi in tema di litisconsorzio necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, p. 669 ss., ma spec. p. 671; MONTESANO, L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1997, p. 111; FRASCA, R., *Note sui presupposti del litisconsorzio necessario*, II, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 745 ss., ma spec. p. 753 ss.; ZANUTTIGH, L., *Litisconsorzio*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XI, Torino, 1994, p. 40 ss., ma p. 50; MENCHINI, S., *Il giudicato civile*, Torino, 2002, p. 190.

¹⁶ Cfr. FAZZALARI, E., *Sostituzione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 159 ss.; ID., *Il processo ordinario di cognizione*, I, Torino, 1989, p. 93 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996, p. 336 s.; CECHELLA, C., *Sostituzione processuale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVIII, 1998, Torino, p. 640 ss.

formale a tutte quelle fattispecie processuali caratterizzate da legittimazioni ad agire plurime¹⁷.

Muovendosi in questo senso, una prima opzione è costituita dal chiedersi se configurare il regime normativo sul quale riflettiamo adottando la categoria del concorso soggettivo di azioni¹⁸, oppure leggere nel testo del nuovo art. 140-*bis* c. cons. il riconoscimento di un'unica azione a carattere plurisoggettivo¹⁹.

Se si aderisse alla prima lettura proposta, ogni consumatore sarebbe titolare di una propria autonoma azione in concorso con le altre per il raggiungimento del medesimo obiettivo giuridico, mentre, stando alla seconda opzione, avremmo un'unica azione collettiva posta in contitolarità dei diversi consumatori.

Va peraltro precisato che la predilezione della prima lettura piuttosto che della seconda non può basarsi unicamente su astratte valutazioni riguardanti la loro minore o maggiore plausibilità teorica, bensì deve giustificarsi sulla base delle precise indicazioni positive che la legge offre.

A ciò va poi aggiunto il fatto che tanto la teoria del concorso di azioni, quanto la teoria dell'azione unica plurisoggettiva sono state concepite con lo scopo di predisporre un adeguato sostegno dogmatico ad un certo regime normativo degli effetti del

¹⁷ Per maggiori approfondimenti, v. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 459 ss.

¹⁸ LIEBMAN, E.T., *Azioni concorrenti*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, 1934, p. 665 ss.; ID., *Pluralità di legittimati alla impugnazione di un unico atto*, in *Riv. dir. proc.*, 1937, II, p. 87 ss., pubblicati poi in *Problemi del processo civile*, Milano, 1962, p. 54 ss. e p. 64 ss.; ID., *Efficacia ed autorità della sentenza* (ed altri scritti sulla cosa giudicata) [1935], Milano, 1962, p. 77; ID., *La cosa giudicata nelle questioni di stato*, in *Efficacia ed autorità della sentenza*, cit., p. 157 ss., ma spec. p. 168.

¹⁹ Così FABBRINI, G., *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano, 1964, spec. p. 183 ss., per spiegare l'estensione *ultra partes* dell'efficacia diretta della sentenza in riferimento alla *collegittimazione ordinaria semplice*, nella quale si riscontra appunto un fenomeno di plurisoggettività, ovvero di contitolarità, di una unica azione, oltre che una contitolarità dell'oggetto del giudizio e della situazione legittimante (diversamente dalla *collegittimazione straordinaria* in cui ricorre solo la plurisoggettività dell'azione e dalla *collegittimazione ordinaria litisconsortile*, nella quale, come nella ordinaria, si realizzano le medesime tre condizioni poc'anzi indicate, sebbene con un rapporto di coincidenza tra situazione legittimante ed oggetto del giudizio).

giudizio non sempre agevolmente ricavabile su basi positive. Più in particolare, il concorso soggettivo di azioni costituiva una elaborazione concettuale volta a confermare il principio di relatività del giudicato anche di fronte ad una pluralità di azioni tese verso il conseguimento del medesimo risultato giuridico. Al contrario, la seconda opzione teorica rinveniva nell'unicità e nella contitolarietà della situazione giuridica processuale, cioè dell'azione, lo strumento dogmatico volto a giustificare una regolamentazione uniforme della situazione giuridica controversa, vuoi mediante il regime di litisconsorzio necessario, vuoi mediante l'estensione *ultra partes* degli effetti della sentenza.

Impostato il problema nei termini ora indicati, ci si rende agevolmente conto che l'applicazione alla nostra fattispecie delle due teorie in esame appare non propriamente agevole, in quanto l'art. 140-*bis* detta un regime degli effetti articolato e suo proprio, tutto incentrato sul meccanismo dell'adesione al fine di determinare i limiti oggettivi e soggettivi del giudicato. Per cui, anche l'applicazione delle concezioni poc'anzi richiamate richiederebbe comunque un adattamento dovuto alle specifiche indicazioni pre-cettive che il nuovo art. 140-*bis* c. cons. invia all'interprete in materia di effetti del giudizio.

2.4. Conclusioni: l'art. 140-*bis* c. cons. non prevede un regime di legittimazione ad agire propriamente individuale

Quanto è stato detto evidenzia che gli istituti della sostituzione processuale, il concorso di azioni o anche la figura dell'azione unica plurisoggettiva presentano tratti dogmatici propri e difficilmente adattabili alla disciplina dell'art. 140-*bis* c. cons.

Sinora questo tipo di discorso è stato svolto in termini volutamente generici, ovvero rilevando che queste concettualizzazioni hanno avuto il compito di dare una risposta a problematiche specifiche e diverse rispetto a quelle che l'azione di classe cerca di risolvere con la propria disciplina; tanto che l'utilizzazione di queste teorie ai fini dell'inquadramento dell'azione di

classe richiederebbe una serie di precisazioni e adattamenti tali da svuotarne il loro contenuto concettuale specifico.

A ben vedere, peraltro, un esame più attento del nuovo art. 140-*bis* c. cons. dimostra che queste figure dogmatiche sono in ogni caso inutilizzabili in tale ambiente di lavoro.

Il punto fondamentale su cui posare l'attenzione è il seguente.

La sostituzione processuale, il concorso soggettivo di azioni e l'azione unica plurisoggettiva sono tutte figure nate per cercare di dare risposta ad esigenze di tutela plurisoggettiva, *ma sempre e comunque all'interno della sistematica propria dell'azione individuale tradizionale*, ovvero all'interno di una cornice dogmatica ancora pienamente ossequiosa dei principi che vedono nel titolare dell'interesse il signore del processo quantomeno riguardo ai due profili ora in esame, cioè la sua instaurazione e la sua prosecuzione.

E difatti in tutte e tre le figure evocate il concetto di legittimazione ad agire risponde all'esigenza di determinare il titolare del potere di azione inteso come appartenenza del potere al soggetto²⁰.

Ciò è evidente nella sostituzione processuale, in cui il sostituto è titolare di un potere di azione diverso da quello del sostituito; ed è altrettanto palese nel concorso soggettivo di azioni che sin dal nome postula la sussistenza di una pluralità di poteri di azione conferiti ad una pluralità di soggetti.

Si potrebbe essere tentati di pensare diversamente in riferimento all'azione unica plurisoggettiva. Qui, difatti, si parla di contitolarità dell'azione.

Ma a ben vedere all'interno della figura si nasconde una intrinseca contraddizione causata dalla perdurante ambiguità in

²⁰ La nozione di «appartenenza» è propria dell'armamentario lessicale ed anche concettuale delle situazioni giuridiche soggettive. Nasce con le prime configurazioni del diritto soggettivo, tutte incentrate attorno alla figura del diritto di proprietà, e presto si pone come ostacolo alla ricostruzione di tutte quelle situazioni giuridiche caratterizzate da profili funzionali e strutturali non riconducibili allo schema ed in particolare delle situazioni giuridiche soggettive che non conferiscono posizione di esclusività nel godimento di beni.

cui versa il concetto stesso di azione, talora intesa come un diritto soggettivo, talaltra come potere giuridico.

Al riguardo, è indubbio che delle due configurazioni appena indicate la prima è quella a cui per tradizione si ricollega l'immagine forte di appartenenza, di stretta ed inscindibile relazione tra soggetto e situazione giuridica. Ed infatti, come già fugacemente osservato in altra sede²¹, l'accostamento dell'azione al diritto soggettivo è apparso proprio di quelle dottrine che su questo campo hanno voluto valorizzare l'idea forte del «pretendere», ovvero del «diritto ad ottenere» da parte del soggetto nei confronti dello Stato²², dell'ordinamento o del giudice²³, o ancora, magari, nella prospettiva della garanzia dell'attuazione o dell'effettività del diritto sostanziale nei confronti della controparte²⁴.

²¹ Cfr. *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 390 ss., nota 183.

²² Cfr. in particolare LIEBMAN, E.T., *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950, p. 424 ss. (anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 47 ss.), che qualifica l'azione come «diritto al mezzo»; diritto che risulta «preesistente al processo e spetta nei confronti dello Stato, nella sua qualità di tutore dell'ordine pubblico [...], non del singolo giudice come persona, per il quale si può parlare di obbligo solo dopo che la domanda sarà stata proposta» (p. 444). Cfr. anche ROCCO, Alf., *La sentenza civile*, Torino, 1906, p. 102 ss.; ROCCO, U., *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, I, Arpino, 1912, p. 235 ss.; ID., *Trattato di diritto processuale civile*, cit., p. 239 ss.; FURNO, C., *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942, spec. p. 310 ss.

²³ CARNELUTTI, F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, p. 888 ss.; ID., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 154).

²⁴ Per tutti, v. CHIOVENDA, G., *L'azione nel sistema dei diritti*, (1903), in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, p. 3 ss., spec. p. 6, che definisce il concetto come il «potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge» (cfr. anche *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 45). In una proiezione privatistica, v. SATTA, S., *Il processo nell'unità dell'ordinamento*, in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, p. 116 ss.; ID., *Azione in generale: b) L'azione nel diritto positivo*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 822 ss.; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, I, *Disposizioni generali*, Milano, 1959, p. 16 ss., 43 ss.; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, III, *Processo di esecuzione*, Milano, 1965, p. 36; ID., *Giurisdizione: II) Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 218 ss. In posizione particolare REDENTI, E., *Intorno al concetto di giurisdizione*, in *Studi in onore di V. Simoncelli*, Napoli, 1916, p. 493 ss. (ora in *Scritti e discorsi giuridici di mezzo se-*

Tuttavia, parte della dottrina, al di fuori di letture eccessivamente funzionali, ha posto in primo piano il dato normativo essenziale riguardo alla disciplina positiva dell'azione²⁵, ovvero il fatto che «senza domanda, il giudice *non deve* provvedere», mentre «in presenza d'una domanda giudiziale, il giudice *deve* provvedere»²⁶.

Non è questo il luogo per affrontare *fonditus* la problematica ora indicata, tuttavia non è da escludersi che la determinazione della corretta scelta di formalizzazione dogmatica dipenda anche dalla prospettiva di studio da cui si guarda al tema dell'azione; e così, se si vuole trovare l'abito dogmatico appropriato per formalizzare il fenomeno che tutti vediamo nella possibilità dell'attore di attivare la tutela giurisdizionale vincolando il giudice al compimento di un'attività decisoria, allora la scelta del potere giuridico risulta obbligata, in quanto, prima della proposizione della domanda non sussiste un diritto *attuale* ad alcuna prestazione giurisdizionale²⁷. Al contrario è il comportamento

colo, I, Milano, 1962, p. 227 ss.); ID., *Profili pratici del diritto processuale civile*, cit., p. 92 ss., in cui si parla del «diritto di una parte a provocare l'applicazione della sanzione»; ID., *Diritto processuale civile*, I, 1959, p. 45 ss.; cfr. più di recente REDENTI, E.-VELLANI, M., *Lineamenti di diritto processuale civile*, Milano, 2005, p. 39 ss.

²⁵ Cfr. lo stesso CHIOVENDA, G., *L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 15, che, se da un lato osserva che «l'azione potrebbe anche concepirsi come il diritto di costituire il dovere degli organi pubblici d'agire», dall'altro, ritiene più corretto non risolvere il concetto semplicemente nel potere di costituire il dovere giudiziale (elemento «inutile» e «da evitare»), degradando, così, il rapporto tra l'avente diritto e la legge o lo Stato a mero «mezzo» nelle mani del titolare del diritto ed al contrario valorizzando la «relazione di potere tra cittadino e cittadino» e di conseguenza l'utilità della figura del diritto potestativo contrapposta alla soggezione dell'obbligato (*L'azione nel sistema dei diritti*, cit., p. 14 ss.; *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 42 ss.). Significativa anche l'osservazione di LIEBMAN, E.T., *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950, p. 424 ss., che rimarca come «l'essenza dell'azione si trova proprio nel rapporto che corre nell'ordinamento giuridico tra iniziativa del singolo e l'esercizio, in concreto, della giurisdizione, vale a dire della necessità e nell'efficacia dell'invocazione del giudice perché "proceda"».

²⁶ Così, ALLORIO, E., in *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*, in *Problemi di diritto*, III, Milano, 1957, p. 183 ss., ma spec. p. 200 ss.

²⁷ In questo senso, tra i primi, v. GARBAGNATI, E., *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, p. 97 ss.; ID., *Azione ed interesse*, in *Jus*, 1955, p. 316 ss., spec. p. 344. Suc-

normativamente tipico, rappresentato dalla proposizione della domanda giudiziale, che costituisce il dovere decisorio in capo al giudice.

Tornando all'azione unica plurisoggettiva è ora possibile comprendere la contraddizione insita nella figura. Difatti, se l'azione è un potere giuridico ed il potere giuridico non è null'altro che un comportamento normativamente tipico produttivo di effetti giuridici, allora parlare di azione unica plurisoggettiva imporrebbe di ritenere che l'esercizio del potere debba essere congiunto, ovvero il comportamento tipico debba essere collettivo. Dovremmo, insomma, configurare un giudizio che si introduce con una domanda congiunta di tutela, il che, come è ovvio, può anche accadere nel nostro ordinamento²⁸, ma non corrisponde alle ipotesi in cui per tradizione si parla di giudizio plurisoggettivo.

Abbiamo, quindi, la conferma che, in tutte le tre figure richiamate in via di ipotesi, il concetto di legittimazione ad agire lega l'azione al titolare della stessa e l'unica attenuazione che si realizza riguardo al monopolio della parte sul processo consiste nel fatto che l'azione, ovvero la possibilità di dar luogo alla tutela giurisdizionale, non è conferita in via esclusiva ad un solo soggetto.

cessivamente, tale linea ricostruttiva è con vigore sviluppata da ALLORIO, E., in *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*, cit., p. 200 ss.; ID., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 30 ss.; ID., *Diritto processuale tributario*, Torino, 1962, p. 434 ss.; seguito poi da CORDERO, F., *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 191 ss., spec. 215 ss.; e successivamente da TAVORMINA, V., *Contributo alla teoria dei mezzi di impugnazione delle sentenze*, Torino, 1990, p. 3 ss.; Cfr. anche MICHELI, G.A., *Giurisdizione e azione (Premesse critiche allo studio dell'azione nel processo civile)*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, p. 107 ss., ma spec. p. 118 (pubblicato anche in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, III, Padova, 1958, p. 491 ss.; ID., *Corso di diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Milano, 1959, spec. p. 15 ss.; ZANZUCCHI, M.T., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1964, p. 55 ss.; ATTARDI, A., *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Padova, 1994, p. 58 s.

²⁸ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi tutta particolare del divorzio su domanda congiunta.

2.5. *L'art. 140-bis c. cons. prevede una azione in titolarità della classe stessa*

2.5.1. *La legittimazione ad agire di classe*

Dalle considerazioni ora svolte inizia a chiarirsi un profilo essenziale riguardo alla ricostruzione dell'azione di classe, ovvero il fatto che parlare di legittimazione individuale in riferimento al rimedio previsto dall'art. 140-*bis* c. cons. non solo – come ora vedremo – non è corretto, ma è anche pericoloso²⁹.

Se si rimanesse ancorati a questo alveo concettuale, si potrebbe, infatti, formulare un ragionamento come quello che segue: se «ciascun consumatore ... può agire», allora la legittimazione ad agire è individuale. In altri termini, si potrebbe ritenere che l'azione di classe, come quella individuale, sia parimenti di spettanza e titolarità individuale, cioè appartenga al singolo consumatore componente della classe così come appartiene a questi il potere di azione ordinariamente rivolto a tutelare solo il suo diritto soggettivo al risarcimento o alla restituzione delle somme.

In questa cornice sarebbe agevole svolgere questo ragionamento sino a conseguenze incompatibili con la natura del rimedio e ritenere che l'attribuzione dell'azione al componente della classe stia a significare che il singolo, nella stessa misura in cui

²⁹ In questi termini, d'altro canto, T. Torino, 4 giugno 2010, in *Foro it.*, 2010, I, p. 2523, con nota di A.D. De Santis; in *Nuova giur. comm.*, 2010, I, p. 869, con nota di LIBERTINI, M.-MAUGERI, M., *Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*; in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1487 ss., con nota di RUGGERI, E., *È inammissibile la prima class action risarcitoria proposta in Italia*; in *Giur it.*, 2010, con nota di RONCO, A., *L'azione di classe alla ribalta: l'egoismo necessario dell'attore*, nonché ZUFFI, B., *La duplice débacle subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di reclamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio per il diniego dell'accesso agli atti della Banca d'Italia*; in *Guida dir.*, 2010, fasc. 27, p. 18 ss., con nota di GIUSSANI, A., *Inammissibile l'azione contro la banca se la clausola non è applicata al ricorrente*; v. anche la nota di commento di COSTANTINO, G.-CONSOLO, C., *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 985 ss.; nonché MENCHINI, S., *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo*, in *www.judicium.it.*; cfr., poi, T. Torino, 7 aprile 2011, in *www.il caso.it*, p. 14-15.

può avviare il giudizio collettivo mediante la proposizione della domanda, parimenti possa successivamente far venire meno quello stesso giudizio collettivo mediante altri comportamenti negativi. Ad esempio rinunciando agli atti, revocando il mandato all'associazione eventualmente «delegata», accettando il pagamento della somma versata a titolo di risarcimento da parte dell'impresa, giungendo ad una transazione con l'impresa stessa e così via³⁰.

Per rifuggire da questi risultati aberranti è necessario guardare più a fondo le cose e interrogarsi se l'art. 140-*bis* c. cons., nel prevedere che «ciascun componente della classe ... può agire», intenda davvero attribuire l'azione di classe in appartenenza al singolo.

In altri termini bisogna chiedersi se il regime processuale di legittimazione ad agire previsto dalla norma possa essere correttamente definito «individuale» nei medesimi termini, ovvero con le stesse implicazioni tecnico-giuridiche, con i quali questa locuzione viene intesa comunemente nel nostro ordinamento.

La risposta ai quesiti ora avanzati deve essere decisa e negativa.

Difatti, l'azione di classe *non* spetta a «ciascun componente della classe», ma alla classe stessa.

La legittimazione ad agire *non* è individuale, ma di classe.

Come la stessa nuova rubrica dell'art. 140-*bis* c. cons. conferma³¹, l'azione di classe si differenzia dall'azione individuale

³⁰ Cfr., *infra*, cap. III, § 3.4.3.

³¹ Cfr. CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1297 ss., spec. p. 1300; PUNZI, C., *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 253 ss., spec. p. 254. La nuova rubrica è stata, peraltro, oggetto di critica da quella parte della dottrina, secondo cui sarebbe stato maggiormente conforme alla tradizione italiana ed europea il *nomen* precedente, ossia l'equivalente italiano della locuzione «*collective redress action*»; così CAPONI, R., *La riforma della «class action», Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, in *www.judicium.it*, § 4; ID., *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 383 ss. Ritiene il nuovo nome frutto di una mera assonanza con l'istituto statunitense, ALPA, G., *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato. Prime note*, in A.A.V.V., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vioriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 4.

non solo per quanto riguarda il suo oggetto e i suoi effetti, ma anche in riferimento al profilo della titolarità.

A tal riguardo assume valore centrale quanto previsto dal se-sto comma dell'art. 140-*bis* c. cons., secondo cui la domanda va dichiarata inammissibile se «il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe».

Questa disposizione, infatti, illumina tutte le altre disposizioni attinenti ai profili soggettivi del rimedio e soprattutto il più volte ricordato comma primo, in cui si prevede che «ciascun componente della classe ... può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni».

Una lettura coordinata delle due disposizioni autorizza una loro riformulazione unitaria nei seguenti termini: «ciascun proponente può agire nella misura in cui è in grado di tutelare adeguatamente (non il suo interesse, ma) l'interesse della classe».

Quanto ora affermato necessita di una riflessione approfondita sotto diversi profili. Non solo in riferimento alla precisa configurazione dogmatica del rapporto che intercorre tra proponente e azione, ma anche in riferimento ai rapporti che legano il proponente alla classe.

Riservandoci di esaminare tali profili nel prosieguo di questo stesso capitolo, è ora opportuno individuare il significato essenziale della norma processuale ora enucleata.

Tale significato va per l'appunto ricercato nell'esigenza di riconoscere al «proponente» non la titolarità dell'azione, ma la possibilità di dare voce alla classe dei consumatori colpita dall'illecito.

In altri termini il proponente è colui che «propone» la *domanda di classe*, come forma di esercizio del *potere di azione di classe*.

Come meglio vedremo nel prosieguo, l'oggetto del giudizio di classe, sebbene questo sia volto alla tutela di diritti soggettivi, è fondamentalmente ritagliato attorno alle questioni comuni, cioè attorno a quel «segmento» del diritto soggettivo che è «comune» a tutte le pretese creditorie, ovvero, seguendo l'imprecisa

formulazione letterale della legge, «identico» in tutti i rapporti sostanziali in titolarità attiva dei consumatori della classe³².

Questa situazione di comunanza può essere completa, cioè coprire tutte le questioni che occorre accertare per apprestare una tutela individuale definitiva (ed in tal caso si otterrà una pronuncia eventualmente – se favorevole – di condanna), oppure può essere parziale (ed in tal caso si otterrà una pronuncia assimilabile alla condanna generica).

Sia nel primo che nel secondo caso, la parte comune costituisce la base sulla quale è dato formare e determinare la classe, ossia il minimo comune denominatore che consente di operare un apprezzamento sintetico delle diverse realtà sostanziali come se fossero *una unica singola pretesa*, la pretesa che la classe vanta nei confronti del convenuto, e non la sommatoria di tante diverse pretese³³.

2.5.2. *Il proponente come rappresentante della classe*

Dalle riflessioni che precedono è emerso che la soluzione più aderente all'attuale disciplina dell'art. 140-bis c. cons. corrisponde al ritenere che l'azione ivi prevista e disciplinata spetti direttamente alla classe come soggetto autonomo «composto» da tutti i consumatori lesi dalle medesima condotta imprenditoriale.

Si è così osservato che il c.d. «proponente» non è propriamente il legittimato ad agire³⁴, ma è colui che dà voce alla classe in sede processuale.

³² Cfr. *infra*, cap. IV, § 3.4. e V, § 3.

³³ In questo senso, v. MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-A., MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1425, che precisa: «l'azione di classe, pur riguardando i diritti individuali omogenei, è “altra cosa” rispetto alle azioni individuali e, in particolare, non è la sommatoria delle stesse; l'azione, la domanda, la causa, sono uniche, anche se concernono una pluralità di pretese sostanziali». Cfr. anche DE CRISTOFARO, M., *L'azione collettiva*, cit., p. 1936 ss. che parla di entificazione della classe.

³⁴ Cfr., per tutti, DENTI, V., *Relazione introduttiva*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi* (Atti del convegno di Pavia, 11-12 giugno, 1974), Padova, 1976, p. 7 ss. (pubblicata anche in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 533 ss.), spec., p. 15 ss., per il quale il problema della tutela giurisdizionale degli interessi collettivi appare «probabilmente insolubile» se impostato in termini di legittimazione ad agire. La strada indicata dall'A., sin

Questa ultima affermazione va peraltro meglio precisata entro confini giuridici più definiti, ovvero occorre specificare i rapporti che intercorrono tra classe e proponente, nonché tra quest'ultimo e gli aderenti.

Che la soluzione tecnica adottata dal legislatore consista nell'importazione di soluzioni proprie di altri ordinamenti di *common law* e soprattutto della disciplina della *class action* prevista dalla *rule 23* delle *Federal Civil Procedure Rules* è indubbio.

Va anzi precisato che proprio la scelta di concentrare i poteri processuali in capo ad un unico soggetto in rappresentanza della classe intera (*class representative*) costituisce – come detto³⁵ – uno dei tratti maggiormente qualificanti dell'istituto³⁶.

D'altro canto, proprio questa soluzione tecnica era da tempo salutata con favore da quella parte della dottrina maggiormente sensibile alla prospettiva comparatistica, che, prendendo le distanze dalle tesi maggiormente vicine alle soluzioni dogmatiche tradizionali³⁷, riteneva opportuno configurare il rapporto tra il legittimato ad agire ed il gruppo collettivo in termini di «rappresentanza ideologica»³⁸.

da questo primo momento del dibattito ed in relazione alle prime esperienze dottrinali in materia di azione per la repressione della condotta antisindacale, è quella di evitare l'applicazione dei tradizionali istituti (diritto soggettivo, sostituzione processuale, *aut similia*) e di scrutinare le feconde opzioni ricostruttive che possono emergere dallo studio delle azioni pubbliche e dal concetto di mera azione; ID., *Interessi diffusi*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, IV, Torino, 1983, p. 305 ss., spec. p. 312; ID., *Interessi diffusi e controllo sulla legittimazione*, in *Le regioni*, 1983, p. 540; ID., *Profili civilistici della tutela degli interessi diffusi*, in *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività* (Atti del convegno nazionale promosso dalla sezione di Bologna di Italia Nostra, Bologna, 5 dicembre 1981), Rimini, 1982, p. 48 ss.

³⁵ Cfr. *retro*, cap. I, § 5.2.2.

³⁶ Questo si verifica in tutti gli ordinamenti che posseggono strumenti di tutela collettiva sul modello della *class action*. In argomento, v., per tutti, MULHERON, R., *The Class action in Common Law Legal System, A Comparative Perspective*, Oxford, 2004.

³⁷ Cfr. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 185 ss.

³⁸ V. in particolare CAPPELLETTI, M., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti la giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 363 ss., spec. p. 373; cfr. anche ID., *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, cit., p. 191 ss. (pubblicato anche in *Giur. it.*, 1975, IV, p. 49 s.); ID., *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in *Riv.*

I punti essenziali di questa ricostruzione erano i seguenti:

- il nesso relazionale sussistente tra il legittimato ad agire e i titolari dei diritti soggettivi sostanziali è più elastico e variabile rispetto a quello dettato dal principio di rigida corrispondenza tra diritto soggettivo ed azione individuale;
- la rappresentanza ideologica costituisce un *novum* rispetto alle figure dogmatiche tradizionali grazie alle quali nel nostro sistema processuale è possibile che un soggetto ponga in essere attività giuridiche anche nell'interesse altrui;
- il fondamento della rappresentanza ideologica è costituito dal requisito di «adeguata rappresentatività» che deve appartenere a colui che si propone come attore collettivo;
- spetta al giudice verificare in concreto la sussistenza di tale requisito;
- la funzione dell'istituto è garantire l'emersione collettiva del conflitto senza la partecipazione al giudizio di tutti gli interessati dando luogo ad una nuova forma di garantismo processuale diverso da quello proprio del processo di matrice individualistica e detto garantismo collettivo.

dir. proc., 1982, p. 233 ss. Sul ruolo che il pensiero di Cappelletti ha giocato nello sviluppo dell'istituto delle azioni collettive in Italia e all'estero, v. di recente VIGORITI, V., *Impossibile la class action in Italia? Attualità del pensiero di Mauro Cappelletti*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 31 ss. Nella direzione seguita da Cappelletti, v. anche ZANUTTIGH, L., *Intervento*, cit., p. 312; ID., *La tutela degli interessi collettivi*, cit., p. 71 ss. (di cui v. anche, per ciò che attiene questa precisa questione, ID., *Diritto all'ambiente e tutela giurisdizionale* in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 720 ss., ma spec., 360-361; ID; *Legittimazione e danno nell'azione di parte civile degli enti esponenziali*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, IV, Milano, 1979, p. 2744 ss.); TARUFFO, M., *Intervento*, cit., p. 333. La tesi di Cappelletti si rifà al noto saggio di JAFFE, L.L., *The Citizen as Litigant in Public Action: the Non-Hobfeldian or Ideological Plaintiff*, 116 *U. Pa. L. Rev.* 1033 (1968). La particolarità del concetto di rappresentanza adottato in materia di *class actions* è con vigore rimarcata anche da FISS, O.M., *The Political Theory of The Class Action*, 53 *Wash. & Lee L. Rev.* 21, 24 (1996), secondo cui la *class action* impiega un concetto affatto particolare di rappresentanza, che, contrariamente a quel che accade di regola in cui un soggetto nomina chi lo deve rappresentare, si basa su un regime di autoinvestitura sconosciuto tanto al mondo della politica quanto a quello delle altre scienze sociali; regime che rivela il carattere assolutamente eccezionale di questo rimedio processuale. Più di recente, interessanti spunti, sebbene legati all'esperienza australiana, si trovano in MORABITO, V., *Ideological Plaintiffs and Class Actions – An Australian Perspective*, 34 *University of British Columbia L. Rev.* 459 (2001).

Molte di queste osservazioni possono essere proficuamente utilizzate in riferimento al nuovo art. 140-*bis* c. cons., precisando, peraltro, che il rappresentante ideologico, cioè il proponente, va inteso come legittimato ad agire solo in senso traslato, in quanto la titolarità dell'azione spetta, come detto, alla classe.

Va poi aggiunto che il requisito di adeguata rappresentatività, che la prima formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons. prevedeva in riferimento alla legittimazione ad agire conferita alle associazioni e ai comitati in aggiunta alle associazioni riconosciute *ex art. 137* c. cons. è oggi sostituito dalla più corretta previsione di un proponente «in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe»; formula meno equivoca e tutta orientata a verificare in concreto e dinamicamente la capacità effettiva del proponente a condurre il processo in una direzione utile per tutta la classe ed indipendentemente, tra l'altro, dal numero di adesioni già eventualmente conseguite.

Absolutamente aderente all'attuale disciplina dell'art. 140-*bis* c. cons. è, invece, la scelta di qualificare la relazione tecnico-giuridica intercorrente tra classe e proponente e tra proponente e aderenti ad di fuori di schemi positivi e dogmatici noti³⁹; seb-

³⁹ A tal riguardo, uno sguardo retrospettivo conduce a ricordare le autorevoli tesi, che, animate da una simile esigenza sistematica, sebbene all'interno di una cornice ordinamentale completamente diversa, avevano ricostruito la posizione sostanziale e processuale del sindacato nell'ordinamento corporativo in termini di rappresentanza politica: sul piano sostanziale, v. ASCARELLI, T., *Sul contratto collettivo di lavoro*, in *Archivio giuridico*, 1929, p. 184 e 189; CARNELUTTI, F., *Nuove riflessioni sul comando collettivo*, in *Arch. studi corporativi*, 1932, p. 145 ss., ma spec. p. 157; GALLI, P., *Rappresentanza sindacale*, Firenze, 1937, p. 44 e 108; su quello processuale, v. D'AGOSTINO, G., *Il processo collettivo del lavoro, Parte generale*, Padova, 1938, p. 142 ss., ma anche p. 65 ss.; ed ancora CARNELUTTI, F., *Nuove riflessioni sul comando collettivo*, cit., p. 147 ss. L'esigenza di elaborare categoria dogmatiche nuove è ben presente anche in uno dei primi e più ampi studi presentati in Italia sull'argomento, v., sul punto VIGORITI, V., *Interessi collettivi e processo*, cit., a p. 146 ss., secondo sui «i legittimati [...] agendo in giudizio tutelano anche interessi, di uguale contenuto ed ugualmente diretti, che non sono però loro propri, per cui, sotto questo profilo, essi si trovano in una posizione analoga a quella dei legittimati straordinari; d'altra parte i legittimati non traggono il loro titolo da uno *status*, o da una appartenenza ad una certa categoria, o dalla titolarità di un rapporto legato da vincoli di pregiudizialità-dipendenza con quello dedotto in giudizio, ma lo traggono dalla titolarità di *una* delle posizioni sostanziali correlate in

bene non manchino, come meglio vedremo, significative aderenze funzionali tra il nuovo istituto ed i casi in cui spetta al giudice nominare curatori speciali in funzione di rappresentanza in giudizio, come ad esempio accade agli artt. 78 ss. c.p.c.⁴⁰

Anche in questi casi, infatti, occorre superare l'ostacolo derivante dall'impossibilità di esercitare il potere processuale da parte del titolare del medesimo, così come la classe, di per sé, come soggetto entificato, non può agire da sola ed ha bisogno – come detto – di qualcuno che le dia voce.

Il requisito di adeguata rappresentatività rappresenta, allora, come meglio vedremo, lo strumento tecnico che consente di imputare gli effetti dell'operato processuale del proponente – a seconda dei profili – alla classe intera o solamente alla classe «attiva», ovvero agli appartenenti alla classe che aderiscono all'azione⁴¹.

2.5.3. *Il rapporto tra l'aderente e il proponente*

La conclusione ora proposta trova piena conferma nell'esame delle altre disposizioni sparse nel nuovo art. 140-*bis* c.

maniera collettiva, e dalla loro capacità di tutelarla in giudizio in maniera rispondente alle esigenze di difesa di tutte le loro posizioni sostanziali globalmente considerate. Manca quindi in questi casi anche quella piena dissociazione fra i titolari del diritto litigioso e i legittimati ad agire, tipica delle ipotesi di legittimazione straordinaria. Si aggravi ancora che spiegare in termini di legittimazione straordinaria queste ipotesi porterebbe a gravissimi inconvenienti. E infatti anche ritenendo che i principi fondamentali della legittimazione ad agire vadano adattati al tipo di situazioni sostanziali a cui si riferiscono, sarebbe difficile superare un ostacolo come quello della tassatività delle ipotesi di legittimazione straordinaria» (p. 149). «Si tratterà, se si vuole di una legittimazione ordinaria *sui generis*, perché essa presenta motivi e tracce della legittimazione straordinaria, ma sembra indubbio che la concentrazione della legittimazione in alcuni adeguati portatori, la quale traduce sul piano tecnico il senso di obiettive esigenze di tutela degli interessi collettivi, sia fenomeno che rimane nella sfera della legittimazione ordinaria» (p. 150). Di recente, parla di istituto «*sui generis*» anche MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-A., MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1431, nota 40.

⁴⁰ Sul parallelo indicato nel testo avremo occasione di tornare *infra*, cap. III, §§ 2.5.2. e 3.4.3., riguardo alla natura del giudizio di ammissibilità.

⁴¹ Si ricorda che autorevole dottrina aveva in passato rilevato tra classe e proponente un rapporto di rappresentanza para-organica: cfr. CONSOLO, C., *Class action fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 609 ss., spec. p. 646.

cons., dalle quali si evince che l'azione ivi prevista è una ed è volta alla tutela dell'interesse della classe intera.

Si pensi, ad esempio, alle disposizioni contenute al comma 14 dell'articolo riguardanti la non riproponibilità dell'azione di classe ed il necessario coordinamento tra eventuali diverse iniziative; disposizioni da cui ben emerge la natura unitaria dell'azione, nonché la sua appartenenza alla classe intera anziché al gruppo di consumatori aderenti⁴².

⁴² Il disposto del comma 14, sebbene non precisamente formulato (cfr. *infra*, cap. V, § 4.), chiarisce adeguatamente l'immagine dell'azione di classe come unico potere processuale in capo alla classe stessa. È previsto, infatti, che non siano proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione e che quelle proposte entro detto termine siano riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale, altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo assegnando un termine perentorio non superiore a 60 giorni per la riassunzione davanti al primo giudice. La prima parte della disposizione appena riportata chiarisce che l'art. 140-*bis* c. cons. introduce un rimedio volto a tutelare una volta per tutte e nella maniera più efficace possibile gli interessi di quei consumatori che si vedono accomunati dall'essere stati lesi da una medesima condotta illecita. È attorno a questa base comune, ovvero attorno a questo dato oggettivo aggregante, che va a formarsi, da un lato, la classe e, dall'altro, l'interesse che a questa appartiene. È comprensibile, quindi, che la sentenza che definisce con efficacia di giudicato la controversia tra la classe e l'imprenditore escluda nuovi e futuri giudizi tra le stesse parti e con il medesimo oggetto (cfr. *infra*, cap. V, § 4.). È altrettanto comprensibile, inoltre, che sussista una perfetta coincidenza tra il termine entro cui aderire e il termine entro cui proporre davanti ad altro giudice l'azione di classe. Difatti, quando l'azione di classe è proposta davanti a due giudici diversi si realizza una particolare ipotesi di litispendenza, visto che, per identificare l'azione, occorre guardare alla classe, all'imprenditore, nonché all'illecito definito dall'ordinanza *ex* art. 140-*bis*, comma 9, lett. a), c. cons. Il legislatore avrebbe potuto uniformare la disciplina dell'art. 140-*bis* cons. al regime previsto dall'art. 39 c.p.c.; tuttavia, se si fosse seguita questa strada, avrebbe perso di senso il termine imposto ai consumatori per aderire all'azione; termine che nasce dall'esigenza di determinare definitivamente la consistenza della classe «attiva». Così si è dovuto prevedere che solo le domande proposte entro il termine per aderire potessero essere traslate davanti al giudice previamente adito. Ciò significa in definitiva che, ammessa la domanda ai sensi del comma 6, il giudizio collettivo è correttamente instaurato, ovvero la classe ha proposto correttamente la sua domanda di tutela. Scaduto poi il termine fissato dal giudice per consentire ai consumatori che non l'avessero già fatto di aderire, è anche determinata la c.d. classe «attiva» ed il giudizio può indirizzarsi verso la sua definizione in merito.

Senza, peraltro, entrare nell'esame di questo ultimo profilo indicato, su cui avremo modo di ritornare nel prosieguo, l'attenzione va ora rivolta al comma 3 dell'art. 140-*bis* c. cons., che prevede che i consumatori e gli utenti che appartengono alla classe e che intendono avvalersi della tutela devono aderire all'azione di classe.

Da questa disposizione si evince chiaramente che il consumatore aderente si «avvale» di una tutela che già lo riguarda ed è per questo che aderisce meramente.

Tutta la dogmatica e le problematiche che ruotano attorno all'art. 140-*bis* c. cons., come meglio vedremo, vanno inquadrare entro la prospettiva che configura un'unica azione di classe in titolarità alla classe stessa e tesa a provocare l'accertamento (eventualmente condannatorio) delle questioni comuni ai diversi diritti soggettivi dei consumatori aderenti.

È allora comprensibile che l'aderente si avvantaggi semplicemente di una tutela e di una azione, che, in quanto appartenente alla classe, è in parte già sua, ossia già lo riguarda.

L'aderente, come tecnicamente preciseremo nel prosieguo, si affida al proponente sotto il vigilante controllo del giudice. Sarà il proponente che, riconosciuto attore collettivo con l'ordinanza che ammette dell'azione, nel far valere il proprio diritto, tipicamente rappresentativo del diritto di tutti, tutelerà la classe intera e l'interesse di questa.

Per le ragioni ora indicate non risultano condivisibili le tesi, in prevalenza formatesi sul disposto della prima formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons., che hanno ricostruito il rapporto tra gli aderenti e il proponente su basi negoziali, impiegando talora, sebbene con diverse accentuazioni e sfumature, la figura del mandato⁴³.

⁴³ In questa direzione, sebbene lungo percorsi ricostruttivi non del tutto omogenei, si è orientata parte della dottrina già in riferimento alla precedente formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons. e, successivamente, anche in riferimento alla nuova norma. Cfr., in particolare, CAPONI, R., *Litisorsozio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., spec. p. 828; ID., *La riforma della «class action», Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, cit., § 15 e 16; ID., *Il*

Questa prospettiva reitera una visione individualistica e frammentata dell'azione di classe, che viene ad essere intesa

nuovo volto della class action, cit., p. 385, secondo cui l'adesione è un atto complesso con il quale, da un lato, si conferisce il mandato all'attore collettivo e, dall'altro, si esercita l'azione nei confronti del professionista con la produzione di tutti gli effetti riconnessi a tale esercizio salvo l'acquisizione della qualità di parte processuale; di contro l'attore proporrebbe la domanda dando il via ad un rapporto processuale «per parte da nominare» ed anticipando le spese. Cfr. anche ID., *La class action in materia dei consumatori in Italia*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 281 ss.; ID., *Variabilità dell'oggetto del processo (nell'azione collettiva risarcitoria)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 47 ss.; ID., *Una letteratura di interrogativi in attesa della giurisprudenza (in tema di azione collettiva risarcitoria, art. 140-bis c. cons.)*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 180 ss.; ID., *Oggetto del processo e del giudicato «ad assetto variabile» (in tema di azione collettiva risarcitoria, art. 140-bis c. cons.)*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 200 ss. Cfr. anche PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 251 ss., spec. p. 254 s.; BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 1015 ss., spec. p. 1031 ss., secondo cui l'adesione costituisce un atto complesso con il quale si esercita l'azione e si conferisce un mandato sui *generis* al proponente. A questo orientamento ricostruttivo va anche ricondotta la complessa ricostruzione di CONSOLO, C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dell'«opt-in» anziché quella danese dell'«opt-out» e il filtro («L'inutil precauzione»)*, in *Corr. giur.*, 2008, spec. p. 5 ss.; ID., *L'art. 140-bis: nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualcivilisticamente, un poco «Opera aperta» (in tema di azione collettiva risarcitoria, art. 140-bis c. cons.)*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 205 ss.; ID., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1300, nota 8; ma cfr. soprattutto ID., *L'opt-in e gli interventi: ossia della variabilità dell'oggetto del giudizio e della unitarietà del rapporto processuale*, in CONSOLO, C.-BONA, M.-BUZZELLI, P., *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 173 ss.; ID., *Tutela giurisdizionale dei crediti «per adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1701 ss. secondo cui il legame tra attore collettivo e consumatore si fonda su un contratto atipico che in prevalenza presenta i tratti del mandato; più nel dettaglio: a) l'attore collettivo rivolge al pubblico dei consumatori un'offerta; b) i consumatori accettano l'offerta con l'atto di adesione, nel quale manifestano la volontà di essere inclusi del gruppo; c) l'atto di adesione ha, dunque, natura squisitamente negoziale in quanto rivolto solo e direttamente all'attore collettivo; d) l'attore collettivo agisce in giudizio come legittimato straordinario «nel far valere il proprio credito in seno alla azione collettiva instaurata proprio quale contenitore virtualmente totalizzante, ossia come domanda-veicolo a *petitum* [...] «aggregato»»; e) sulla base delle condizioni indicate nella proposta, l'attore collettivo potrebbe rifiutare l'adesione dei consumatori che non accettino alcune condizioni o che non rispondano ai requisiti fissati dall'associazione; f) l'adesione, come atto stragiudiziale, è in genere revocabile, eventualmente alle condizioni previste dall'offerta del proponente. Alla tesi del mandato aderiscono altre voci in dottrina: cfr. GUERNELLI, M., *La nuova azione di*

come la sommatoria delle azioni individuali spettanti ai diversi consumatori; un'azione di classe che assume le sembianze di un grande litisconsorzio facoltativo atipico⁴⁴.

La lettera del precedente art. 140-*bis* c. cons. lasciava spazi interpretativi più ampi per sostenere l'esistenza di un legame siffatto tra proponente e aderente; infatti, il sindacato di adeguata rappresentatività rivestiva un ruolo marginale, riguardando solo l'ipotesi in cui la domanda fosse stata proposta dalle associazioni o dai comitati previsti dal secondo comma della norma; era anche dubbio se il controllo in questione dovesse o meno svolgersi in sede di ammissibilità. Ed in ogni caso la legge non lo prevedeva espressamente⁴⁵.

Inoltre la precedente formulazione dell'articolo, nel disporre che il consumatore intenzionato ad aderire doveva comu-

classe: profili processuali, cit., p. 919, spec. p. 928; PAGNI, I., *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 349 ss., spec. p. 365. In riferimento alla prima formulazione dell'articolo, sebbene dubitativamente, v. anche MENCHINI, S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, cit., p. 58 s.; TOMMASEO, F., *La partecipazione dei consumatori ai giudizi collettivi risarcitori (note sull'art. 140-bis del codice del consumo)*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, III, Napoli, 2010, p. 1835 ss., p. 1845, nota 43.

⁴⁴ In questi esatti termini, LUISO, F.P.-POTOTSCHNIG, P., *Sub art. 103 c.p.c.*, cit., p. 1173. Tra le diverse tesi che propongono una configurazione siffatta del giudizio collettivo di classe, l'immagine più nitida è comunque offerta da CAPONI, R., *Litisconsorzio «aggregato». L'azione collettiva risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 822, secondo cui «l'azione collettiva risarcitoria crea una nuova figura di litisconsorzio facoltativo, che si può definire "aggregato", poiché dà luogo ad una aggregazione di azioni seriali (le "adesioni") tese a far valere crediti risarcitori o restitutori nei confronti del professionista. L'azione risarcitoria in forma collettiva si esaurisce nel cumulo e nella gestione delle azioni individuali degli aderenti ad opera di un attore formale (associazione o comitato)»; cfr. anche CONTE, G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., spec. p. 30. Non così, per CONSOLO, C., spec. in *Tutela giurisdizionale dei crediti «per adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, cit., p. 1712, secondo cui l'azione collettiva risarcitoria «non è alcunché di strutturalmente simile all'esercizio personale dell'azione e così a una domanda giudiziale (seppur in nuce o in embrione) e non rende soggettivamente e oggettivamente davvero cumulativo il giudizio. Non vi è alcun litisconsorzio, neppure "aggregato", cioè nuovo e/o temperato». Per ulteriori indicazioni, v. *infra*, cap. IV, § 4.1.

⁴⁵ Cfr. *infra*, cap. III, § 3.2.4.1.

nicarlo per iscritto al proponente, offriva l'immagine di un atto a valenza più stragiudiziale che puramente processuale⁴⁶.

In altri termini il consumatore aderente non poteva entrare in contatto diretto con l'ufficio giudiziario, ma doveva necessariamente passare per il proponente.

Nel nuovo art. 140-*bis* c. cons. le cose sono diverse.

In primo luogo il legislatore quando ha voluto ricorrere all'istituto del mandato per «costruire» la relazione giuridica sussistente tra i diversi soggetti che possono essere coinvolti nell'attivazione del rimedio di classe non ha esitato a farlo espressamente. Così è accaduto, ad esempio, nei rapporti tra proponente e associazione consumeristica nel caso in cui il consumatore voglia delegare ad essa l'esercizio del potere di azione.

In secondo luogo, come visto, nei rapporti tra proponente ed aderenti, primeggia ora il requisito di adeguata rappresentatività, la cui sussistenza deve essere valutata dal giudice nella fase iniziale del giudizio ai fini di ammettere o meno la domanda⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. in particolare CONSOLO, C., *Tutela giurisdizionale dei crediti «per adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, cit., che attribuiva natura stragiudiziale e negoziale dell'atto di adesione anche sulla base del fatto che tale atto si rivolgeva soltanto all'associazione o al comitato e nemmeno – per traslato – all'avvocato del soggetto convenuto. La natura fondamentale stragiudiziale dell'atto di adesione è ovviamente un corollario delle tesi esaminate nel testo; tesi che ravvedono nel mandato l'istituto giuridico principale attraverso il quale costruire il rapporto tra proponente ed aderente. Va peraltro aggiunto che la natura stragiudiziale dell'atto di adesione è talora condivisa anche da parte della dottrina contraria, sebbene prevalentemente in riferimento al precedente art. 140-*bis* c. cons.: cfr. *infra*, nota 59; per la natura processuale dell'atto di adesione, v. invece, autorevolmente, COSTANTINO, G., *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 «bis» cod. consumo*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 17 ss., spec. p. 23, secondo cui «le forme dell'adesione, nel silenzio della normativa speciale, si prestano ad essere valutate, ai sensi degli art. 121 e 156, comma 2, c.p.c., in riferimento allo scopo».

⁴⁷ Così non era nella precedente versione dell'art. 140-*bis* c. cons. (cfr. *retro*, § 1.); tuttavia parte della dottrina aveva già mosso puntuali critiche a questa concezione negoziale dei rapporti tra aderente e proponente: cfr. CARRATTA, A., *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 315 ss., spec. p. 332 s.; CHIARLONI, S., *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1842 ss., spec. 1846. In riferimento all'attuale art. 140-*bis* c. cons., v. GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 595 ss. spec. p. 598, anche in nota.

Se l'elemento giuridico strutturale previsto dalla legge per consentire il funzionamento del giudizio sotto il profilo dei rapporti tra proponente ed aderenti avesse natura negoziale, perderebbe di significato il potere di controllo che spetta al giudice in apertura di processo; il giudice, infatti, non avrebbe alcuna possibilità di sindacare la libera scelta compiuta dal singolo consumatore a favore del proponente-attore sostituendosi – così – all'autonomia contrattuale spettante alle parti.

Va inoltre ricordato che al giudice è riconosciuto anche il potere di definire la classe, nonché quello di determinare i criteri sulla base dei quali sarà condotta la valutazione di appartenenza dei consumatori aderenti alla classe stessa⁴⁸.

In terzo luogo, il nuovo art. 140-*bis* c. cons. non assegna al proponente alcuna funzione di filtro delle adesioni ed infatti i consumatori aderenti non devono necessariamente passare per il proponente per accedere al giudizio, in quanto il comma 3 dell'articolo dispone che il consumatore aderente possa depositare l'atto di adesione in cancellaria senza servirsi del proponente⁴⁹.

Come già detto, dunque, un rapporto di rappresentanza sussiste, ma: non intercorre direttamente tra il proponente e i consumatori aderenti, bensì più in generale tra il proponente e la classe; non riposa sul fondamento sostanziale previsto dall'art.

⁴⁸ Si ricorda, peraltro, che una delle concezioni negoziali dell'adesione, in riferimento alla precedente disciplina, riteneva che all'attore collettivo spettassero poteri selettivi degli aderenti sulla base delle condizioni fissate nella proposta contrattuale: così CONSOLO, C., spec. in *Tutela giurisdizionale dei crediti «per adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, cit., p. 1701 ss.; *contra*, GIUSSANI, A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1233; BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1034; in riferimento al nuovo art. 140-*bis* c. cons., v. ancora CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1301; *contra*, CONTE, G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 53.

⁴⁹ Previsione non a caso criticata da CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1301; cfr. anche CONTE, G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 52, che continua a ritenere che il proponente dell'azione sia il destinatario dell'adesione.

1704 c.c., ma trae origine dalla legge processuale; necessita dell'approvazione giudiziale, alla quale spetta la verifica della corrispondenza tra l'operato del proponente e l'interesse della classe.

2.5.4. *La posizione processuale dell'aderente*

In piena coerenza con quanto ora osservato, il comma 10 esclude l'intervento volontario di «terzi»⁵⁰.

La ragion d'essere della previsione – sulla quale torneremo più avanti – consiste proprio nel ridurre lo scontro processuale allo schema *one-to-one*, al fine di evitare un'ulteriore complessificazione del giudizio sul piano soggettivo dovuta ad un mancato coordinamento tra diverse strategie processuali⁵¹.

Come già visto nel primo capitolo del presente lavoro, infatti, una gestione efficiente del giudizio collettivo impone l'applicazione degli strumenti che garantiscano un'uniformazione delle diverse pretese tendente a configurare l'istanza di tutela come una unica domanda risarcitoria o restitutoria che trae origine da un unico fatto generatore di responsabilità: il giudizio di classe, una volta accertato che sia opportuno darvi luogo, deve funzionare – nei limiti in cui è possibile – come un giudizio individuale.

D'altro canto, muovendo dalla premessa secondo cui l'azione esercitata dal proponente non è la sua azione individuale, ma è quella della classe, il processo avviato riguarda già in po-

⁵⁰ Era dubbia la natura dell'intervento previsto dal comma 2 del precedente art. 140-bis c. cons., secondo cui «nel giudizio promosso ai sensi del comma 1 è sempre ammesso l'intervento dei singoli consumatori o utenti per proporre domande aventi il medesimo oggetto». Per la dottrina maggioritaria il consumatore interveniente esercitava l'azione individuale nel giudizio collettivo al fine di ottenere la liquidazione della somma spettante; per ulteriori riferimenti, v. *infra*, cap. IV, § 2.

⁵¹ Approva la nuova formulazione della norma CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1302; cfr., al riguardo, le critiche mosse da parte della dottrina in riferimento alla precedente formulazione dell'art. 140-bis c. cons.: v. ad es. CAPONI, R., *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 850; MENCHINI, S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 41 ss., spec. 46.

tenza la situazione giuridica soggettiva del consumatore che vi appartiene, sicché questi non può esercitare in via di intervento, ovvero all'interno del giudizio collettivo *ex art. 140-bis c. cons.*, né l'azione di classe, né l'azione individuale.

Per queste ragioni non può essere accolta la tesi secondo cui l'aderente, oltre ad essere parte sostanziale del giudizio, sarebbe anche parte in senso processuale del procedimento⁵².

⁵² In questo senso, v., in riferimento alla precedente formulazione dell'art. 140-bis c. cons., GIUSSANI, A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1230 ss.; nonché in riferimento al nuovo articolo, ID., *art. 140-bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 595 ss., spec. p. 597 ss.; ID., *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 159 ss., spec. p. 164; cfr. anche, sebbene dubbiosamente, RORDORF, R., *L'azione di classe nel novellato art. 140-bis cod. consumo: considerazioni (e qualche interrogativo)*, cit., p. 186. Contraria è, invece, la dottrina dominante, che, sebbene – come visto – segua opzioni ricostruttive anche molto differenti, esclude che all'aderente possa riconoscersi la posizione di parte processuale o formale: cfr., in questo senso, AMADEI, D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, cit., p. 948; BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1018 e 1031 ss.; CAPONI, R., *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 828; ID., *Il nuovo volto della class action*, cit., p. 385; CARRATTA, A., *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, cit., p. 735; ID., *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, cit., p. 315 ss.; CONSOLO, C., *L'opt-in e gli interventisti: ossia della variabilità dell'oggetto del giudizio e della unitarietà del rapporto processuale*, cit., p. 185; ID., *Tutela giurisdizionale dei crediti «per adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, cit., p. 1712; ID., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1300; GUERNELLI, M., *La nuova azione di classe: profili processuali*, cit., p. 928; DE CRISTOFARO, M., *L'azione collettiva*, cit., p. 1942 ss.; FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 530; MENCHINI, S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, cit., p. 57; ID., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1428 ss.; PUNZI, C., *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 258 ss.; PAGNI, I., *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, cit., p. 362; RONCO, A., *L'azione di classe alla ribalta: l'egoismo necessario dell'attore*, in *Giur. it.*, 2011, p. 2605 ss., spec. p. 2612; RUFFINI, G., *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140-bis c. cons.*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, I, Torino, 2008, p. 455 ss., spec. p. 460; TARUFFO, M., *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, cit., p. 116. L'alternativo riferimento alla parte in senso formale oppure in senso processuale che si riscontra in dottrina va semplicemente spiegato alla luce della diversa impostazione terminologia e classificatoria seguita: quella carneltuttiana, fondata sulla nozione di rapporto proces-

Più precisamente, secondo questa ricostruzione, tale qualità dovrebbe essere riconosciuta all'aderente in quanto è lui stesso a compiere l'atto di adesione da cui dipendono gli effetti ora previsti dal comma 14. La posizione processuale dell'aderente dovrebbe – allora – essere ricostruita mediante l'applicazione analogica delle regole dettate dal nostro codice di rito in materia di contumacia.

Per questa via il giudizio di classe diviene un «contenitore di una pluralità di azioni individuali»⁵³ in termini assai vicini ad un litisconsorzio facoltativo atipico, tanto che il convenuto potrebbe sollevare eccezioni personali o proporre anche domande riconvenzionali nei confronti dell'aderente-parte processuale e sostanziale. Inoltre l'aderente, in analogia con il contumace, potrebbe costituirsi in giudizio ai sensi dell'artt. 293 e 294 c.p.c.

Tuttavia, come detto, una ricostruzione siffatta non sembra compatibile con il dettato legislativo, in quanto, ancor prima di verificare se essa sia conforme alle prescrizioni riguardanti l'oggetto del giudizio⁵⁴, la nuova formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons., al comma 10, esclude espressamente l'intervento dei consumatori; la funzione di tale previsione è limpida e condivisibile: evitare che il giudizio di classe diventi una sorta di *suk* processuale in cui si mescolano una pluralità indefinita di attività difen-

suale ed in cui si distingue tra la parte formale, coincidente con il soggetto titolare del rapporto processuale, e la parte sostanziale, corrispondente al titolare del rapporto sostanziale (cfr. CARNELUTTI, F., *Lezioni di diritto processuale civile* (1920), II, Padova, 1930, p. 206 s.; ID., *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 361 ss.; ID., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 92 s.), oppure quella avanzata da Edoardo Garbagnati sulla base di un attento esame delle norme del codice di rito, secondo la quale occorre distinguere tra la parte formale, intesa come il soggetto degli atti del processo, la parte processuale, corrispondente a colui nei confronti del quale si producono gli effetti degli atti processuali, e la parte sostanziale, ovvero il soggetto nei confronti del quale si producono gli effetti di merito della decisione (cfr. GARBAGNATI, E., *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, spec. p. 241 ss.).

⁵³ Così, GIUSSANI, A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1229.

⁵⁴ Cfr. *infra*, cap. IV, §§ 3.4. e 4.1.

sive non coordinate e diversificate, con buona pace degli obiettivi di tutela prefissati.

La chiara prescrizione contemplata dal comma 10 non può nemmeno essere elusa sulla base dei seguenti argomenti: *a)* il consumatore con l'atto di adesione esercita un potere processuale da cui è dato arguire che questi sia parte processuale; *b)* se è già parte evidentemente non si applica all'aderente il divieto di intervento; *c)* essendo una parte processuale «assente» soggiace alla disciplina della contumacia.

Nel suo complesso, infatti, questo ragionamento è contrario alla *ratio* che emerge dal coordinato disposto dei commi 3 e 10 dell'articolo.

Ciò è evidente in riferimento al potere di costituzione dell'aderente in applicazione analogica dell'art. 293 c.p.c.; potere che, come si suol dire, fa rientrare dalla finestra quel che era stato fatto uscire dalla porta.

In altri termini: il consumatore che sa del processo collettivo e vuole intervenire non lo può fare, può solo aderire; ma dopo che ha aderito può – ora sì – intervenire.

Va inoltre aggiunto che l'equazione tra potere di adesione e acquisto della qualità di parte processuale è da dimostrare⁵⁵.

Con l'esercizio del potere di adesione il consumatore «*fa valere*» in ambito giurisdizionale il proprio diritto «*avvalendosi*», cioè *facendo propria* la domanda di tutela giurisdizionale già avanzata dalla classe mediante il proponente, sotto il controllo

⁵⁵ Sulla nozione di parte, v. già CHIOVENDA, G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 578 ss.; CARNELUTTI, F., *Lezioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 206 s.; ID., *Sistema di diritto processuale civile*, I, cit., p. 361 ss.; ID., *Diritto e processo*, cit., p. 92 s. Per la dottrina successiva al codice del 1940, v. GARBAGNATI, E., *La sostituzione processuale*, cit., p. 241 ss.; SATTI, S., *Il concetto di parte*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, p. 68 ss.; MANDRIOLI, C., *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, p. 120 ss.; ID., *Delle parti*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, I, 2, Torino, 1973, p. 881 ss.; COSTA, S., *Parti*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 499 ss.; PROTO PISANI, A., *Parte (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, p. 917 ss.; TOMMASEO, F., *Parti: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXV, Roma, 1991; MURRA, R., *Parti e difensori*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIII, Torino, 1995, p. 262 ss.

del giudice e secondo le regole ed i limiti previsti dall'art. 140-*bis* c. cons., con il risultato che la pronuncia di merito ottenuta farà stato «*anche*» nei suoi confronti⁵⁶.

Con l'esercizio del potere di adesione, inoltre, il consumatore «*rinuncia*» all'azione individuale, nel senso che si preclude la possibilità di iniziare o proseguire autonomamente un giudizio individuale, salvo l'ipotesi in cui il giudizio di classe si chiuda senza pervenire ad una pronuncia di merito o salvo il caso in cui il consumatore sia ritenuto non appartenente alla classe⁵⁷.

La non coincidenza degli effetti, nonché le diverse connotazioni normative del comportamento processuale che costituisce la forma di esercizio del potere escludono che si possa ritenere che il potere di adesione coincida con il potere di azione⁵⁸.

Il potere di adesione è ciononostante potere giuridico di natura processuale, poiché diretto a produrre effetti tipici di ordine per l'appunto processuale e mediante il cui esercizio il consuma-

⁵⁶ I termini riportati tra virgolette ed in corsivo sono ripresi dal comma 3 dell'art. 140-*bis* c. cons.

⁵⁷ Cfr. *infra*, cap. IV, § 4.2., cap. V, § 4.

⁵⁸ È questa la prospettiva di teoria generale, ancor prima che dogmatica, che occorre seguirsi per impostare correttamente il problema. Sul concetto di potere giuridico, v. le limpide osservazioni di PERASSI, T., *Introduzione alle scienze giuridiche* [1922], Padova, 1967, p. 51; cfr. poi PUGLIESE, G., *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, p. 20, in nota; AULETTA, G., *Poteri formativi e diritti potestativi*, in *Riv. dir. comm.*, 1939, I, p. 557 ss., spec. p. 565; GARBAGNATI, E., *Diritto subiettivo e potere giuridico*, III, in *Jus*, 1942, p. 226 ss.; MIELE, G., *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 114 ss.; ALLORIO, E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, cit., p. 23 ss., ma poi 103 ss.; FAZZALARI, E., *La volontaria giurisdizione*, Padova, 1953, p. 88, nota 86; CORDERO, F., *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., p. 191 ss.; FROSINI, V., *Potere (Teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1957, p. 440 ss.; CARIOTA FERRARA, L., *Diritti potestativi, rappresentanza, contratto a favore di terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 1960, I, p. 351 ss.; LENER, A., *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610 ss.; GUARINO, G., *Potere giuridico e diritto soggettivo*, Napoli, 1949, (estratto da *Rass. dir. pubbl.*, 1949), p. 21; CASSARINO, S., *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1950, p. 215 ss.; CERRI, A., *Potere e facoltà*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXIII, Roma, 1990; CARCATERA, G., *Del potere giuridico*, in *Potere deontico e regole costitutive*, Macerata, 2003, p. 55 ss. Per le interferenze dogmatiche tra diritto soggettivo potestativo e potere giuridico, v. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 305 ss.

tore aderente accede al giudizio dando luogo ad una forma speciale di partecipazione.

Tuttavia riguardo a questo ultimo profilo occorre intendersi, in quanto con l'esercizio del potere di adesione il consumatore non esercita l'azione individuale di cognizione, non propone la domanda di tutela giurisdizionale del diritto soggettivo di cui ritiene essere titolare, non acquista la qualità di parte processuale così come questa è tradizionalmente concepita dalla dottrina, cioè quale titolare di situazioni giuridiche riconnesse al procedimento, non costituisce in capo al giudice un dovere decisorio di merito riguardante specificamente il suo proprio diritto sostanziale, ma manifesta solo la volontà di essere incluso nella classe tutelata dall'azione *ex art. 140-bis c. cons.*, cioè, più precisamente, rimuove un ostacolo a che il giudizio possa produrre pienamente i suoi effetti; effetti che in potenza già lo riguardano in virtù della dichiarazione di ammissibilità della domanda⁵⁹.

Ciò non esclude, peraltro, che l'aderente possa rivestire un ruolo maggiormente attivo all'interno del giudizio in talune specifiche ipotesi, come ad esempio potrebbe accadere – come meglio vedremo – ogni qual volta il giudice ritenga opportuno dar luogo all'audizione del consumatore aderente al fine di ottenere i necessari chiarimenti riguardo alle questioni da cui dipende la sua appartenenza in concreto alla classe⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. DE CRISTOFARO, M., *L'azione collettiva*, cit., p. 1942 ss.; in riferimento all'art. 140-bis c. cons. prima versione, CARRATTA, A., *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, cit., p. 333, che tuttavia ritiene che l'adesione costituisca un atto stragiudiziale; come anche FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 530 s., secondo cui (cfr. nota 123) all'atto di adesione si applica l'art. 1324 c.c. e non le regole previste dal codice di procedura civile relative alle nullità degli atti processuali; CHIARLONI, S., *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, cit., p. 1846; COSTANTINO, G., *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 388 ss., spec. p. 390, secondo cui l'adesione costituisce un atto stragiudiziale che assume rilevanza processuale con il deposito; così anche COSTANTINO, G.-CONSOLO, C., *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 985 ss., p. 986; cfr. anche TOMMASEO, F., *La partecipazione dei consumatori ai giudizi collettivi risarcitori*, cit., p. 1845.

⁶⁰ V. *infra*, cap. IV, § 4.2.

Inoltre, vista la titolarità dell'azione in capo alla classe stessa e non al proponente, occorre ritenere che la posizione processuale del consumatore aderente, in quanto appartenente alla classe «attiva» alla stessa stregua del proponente, possa convertirsi nella posizione di proponente ogni qualvolta, per il realizzarsi di situazioni di inadeguatezza dell'attore collettivo, sia necessario operare una sostituzione del rappresentante della classe⁶¹.

In ogni caso il consumatore aderente non sarà titolare dei poteri processuali spettanti al proponente e, come meglio vedremo, non potrà da sé impugnare il capo della sentenza che lo esclude dalla classe⁶².

Le considerazioni sinora svolte dovrebbero condurre anche a risolvere un ulteriore profilo problematico emerso in riferimento alla figura dell'adesione: la revocabilità dell'adesione da parte del consumatore.

A tal proposito in dottrina alcune posizioni l'ammettono, altre la negano.

Tutto dipende ovviamente dalle premesse ricostruttive dell'istituto.

Se con l'adesione si conferisce un mandato, il quesito dovrebbe essere risolto richiamando quanto dispone l'art. 1723 c.c., chiedendosi in particolare se tale mandato sia o meno conferito anche nell'interesse del mandatario o di altri soggetti. Tuttavia, si è già detto che il legante dell'azione di classe non è di na-

⁶¹ V. *infra*, cap. III, § 3.4.3.

⁶² Parte della dottrina ammette il potere di impugnazione avverso il provvedimento di esclusione dalla classe, ma non riguardo la pronuncia di merito che rigetti alcuni dei rapporti dedotti in giudizio: cfr. BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1033 e 1035. Altra parte della dottrina, sempre ritenendo che l'aderente non acquisti la qualità di parte processuale durante lo svolgimento del giudizio, ritiene però che detto aderente possa, di fronte ad una sentenza che non riconosca la sua pretesa, impugnare il capo di sentenza relativo, con conseguente prosecuzione in chiave individuale del processo in appello o con la riapertura al giudizio di classe nel caso di impugnazione incidentale da parte dell'impresa convenuta: cfr. PAGNI, I., *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, cit., p. 371. Cfr. anche *infra*, cap. IV, § 3.4.3.

tura negoziale, ma processuale, ovvero la nomina giudiziale del proponente quale adeguato attore di classe.

Per questa stessa ragione non occorre guardare alla revoca dell'adesione come un possibile strumento di tutela dell'aderente nei confronti di un attore collettivo incapace⁶³.

Lo strumento che la legge prevede a tal scopo è la posizione processuale di garanzia che spetta al giudice.

Nella stessa misura in cui il numero delle adesioni non prova di per sé la sussistenza dell'adeguata rappresentatività⁶⁴, parimenti l'incapacità dell'attore collettivo non si rivolve in una fuga dal giudizio dei consumatori aderenti.

Il problema va invece risolto tenendo a mente il fatto che la revoca costituisce l'esercizio di un potere contrario a quello di adesione. Se allora quest'ultimo ha tenore processuale e costituisce una modalità particolare ed alternativa all'ordinario potere di azione con la quale il consumatore fa valere in giudizio il suo diritto, l'unica possibilità di revoca passa attraverso un'applicazione analogica dell'art. 306 c.p.c., con il risultato che la revoca richiede di ottenere il consenso da parte del convenuto⁶⁵.

3. *L'intervento*

Come osservato in precedenza, il comma 10 del nuovo art. 140-*bis* c. cons. prevede che sia «escluso l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 del codice di procedura civile».

La *ratio* della disposizione è chiara ed è pienamente rispondente con il meccanismo dell'azione di classe, che, come detto, garantisce la tutela giurisdizionale collettiva mediante una semplificazione del profilo soggettivo del processo, ovvero conferendo il potere di agire e contraddire ad un solo soggetto capace di tutelare gli interessi della classe.

⁶³ Questa preoccupazione è giustamente avvertita da parte della dottrina: cfr. ad es. BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1035.

⁶⁴ Cfr. *infra*, cap. III, §§ 3.2.4.1., 3.3.1.1., 3.3.1.2.

⁶⁵ Così, BOVE, M., *La trattazione nel processo di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 83 ss., spec. p. nota 9; ID., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1035.

Ciò significa che le due uniche modalità di «partecipazione» per i consumatori appartenenti alla classe sono o l'adesione o la presentazione della domanda in qualità di proponenti: *tertium non datur*.

Detto questo in via di prima approssimazione, va peraltro osservato che la norma lascia spazio ad alcune incertezze interpretative.

In primo luogo, nel contemplare solo l'intervento volontario, la norma non chiarisce se l'intervento su chiamata di parte previsto dall'art. 106 c.p.c., nonché quello per ordine del giudice *ex art.* 107 c.p.c. siano ammessi o al contrario siano anch'essi esclusi.

In secondo luogo, la norma nel riferirsi onnicomprensivamente ai «terzi» non opera distinzioni tra i consumatori della classe ed altri terzi che potrebbero essere interessati a partecipare al processo in via di intervento volontario.

Riguardo al primo profilo, parte della dottrina, rimarcando la *ratio* sottesa al divieto d'intervento previsto dal comma 10, ha ritenuto che detto divieto si riferisca anche alle altre figure previste dagli artt. 106 e 107 c.p.c.⁶⁶

Di contro, altre letture, facendo leva sul dato letterale e con l'intenzione di evitare un'eccessiva compressione del diritto di difesa del convenuto, si sono mosse nella direzione opposta ed hanno ritenuto ammissibile la chiamata del terzo per comunanza di causa, nonché la chiamata del garante⁶⁷; osservando, peraltro,

⁶⁶ In questo senso, v. COSTANTINO, G.-CONSOLO, C., *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 985 ss., spec. 989 s. Per l'esclusione dell'intervento su chiamata *ex art.* 106 c.p.c., già sulla base della precedente norma, v. CONSOLO, C., *L'opt-in e gli interventi: ossia della variabilità dell'oggetto del giudizio e della unitarietà del rapporto processuale*, cit., p. 185; ID., *Tutela giurisdizionale dei crediti «per adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, cit., p. 1713.

⁶⁷ Cfr. PUNZI, C., *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 260, che, muovendo dal dato letterale del comma 10 dell'art. 140-*bis*, osserva: «non vi è dubbio che, in via interpretativa, non può essere interdetto all'imprenditore o al produttore di chiamare in causa il terzo al quale ritenga «comune la causa» o dal quale – e può essere l'ipotesi più frequente – pretenda di essere «garantito»»; così anche PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e*

che, in parziale deroga all'art. 40, comma 3, c.p.c., tutte le controversie così eventualmente cumulate si debbano svolgere con il rito speciale previsto dall'art. 140-*bis* c. cons.⁶⁸

Altra parte della dottrina, infine, ha prospettato una soluzione maggiormente articolata, muovendo dalle seguenti premesse: *a*) occorre distinguere tra attività a valenza comune, senz'altro possibili, e attività a carattere puramente personale; *b*) il divieto d'intervento non può comunque comprimere eccessivamente il diritto di difesa del convenuto, nemmeno riguardo alle difese personali; *c*) occorre tener conto delle diversità di rito che potrebbero ostacolare il *simultaneus processus*⁶⁹.

Su queste basi, si è ritenuta ammissibile la chiamata per comunanza di causa e, di contro, si è ritenuta possibile la chiamata del garante al solo scopo di opporre al chiamato il giudicato, cioè con funzione non innovativa⁷⁰.

Riguardo al secondo profilo addietro accennato, invece, il problema si pone in particolar modo nei confronti delle associazioni riconosciute ai sensi dell'art. 137 del codice.

A queste associazioni spetta, infatti, il potere di azione inibitoria ai sensi degli artt. 139-140 c. cons., che, come vedremo, costituisce uno strumento talora inscindibilmente legato al rimedio collettivo risarcitorio, ed inoltre, sebbene non siano formalmente legittimate, dette associazioni gestiscono di fatto la maggior parte del contenzioso di classe in forza del mandato previsto dal comma 1 della norma.

sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori, in *Foro it.*, 2010, V, p. 251 ss., spec. p. 354; MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-A., MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1427 nota 30; ma soprattutto ID., *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo*, in *www.judicium.it*; CONTE, G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 54.

⁶⁸ MENCHINI, S., *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo*, cit., § 1 in fine.

⁶⁹ Così, BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1023; ID., *La trattazione nel processo di classe*, cit., p. 85, anche nota 2.

⁷⁰ BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1023; ID., *La trattazione nel processo di classe*, cit., p. 85, anche nota 2.

Guardando il problema dal punto di vista dell'azione inibitoria, dette associazioni potrebbero essere interessate ad evitare la formazione di un precedente sfavorevole; precedente di certo non vincolante, ma in ogni caso potenzialmente pregiudizievole per un esercizio pienamente libero dell'azione inibitoria collettiva.

Rispetto all'azione di classe, invece, le associazioni riconosciute potrebbero avere interesse a partecipare al processo avviato da un legittimato non «istituzionale», addirittura per scongiurare il rischio di perdere definitivamente la possibilità di ricorrere al rimedio per quel certo illecito.

La portata preclusiva appartenente all'ordinanza di inammissibilità o ad un provvedimento di chiusura in rito del processo è, infatti, ancora dubbia e, come vedremo, alcune tesi ritengono che, tanto nella prima quanto nella seconda ipotesi, la domanda di classe non sia nuovamente proponibile⁷¹.

È evidente, quindi, che, se si volesse accedere a tali letture, un ricorso improvido da parte di alcuni consumatori o una gestione abusiva del rimedio avrebbero effetti devastanti sulla possibilità di esercitare l'azione di classe correttamente e con profitto per i consumatori lesi.

Anche solo la possibilità di intervenire in via adesiva nel giudizio di classe da parte dell'associazione potrebbe, quindi, costituire un correttivo a fronte di questi evidenti rischi; tuttavia, diversamente da quanto detto in precedenza, in questo caso la lettera del comma 10 costituisce un ostacolo difficilmente superabile anche in via di interpretazione costituzionalizzatrice, posto che le associazioni riconosciute né sono formalmente legittimate ad agire, né subiscono gli effetti del giudicato collettivo di classe.

4. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni sinora svolte, è agevole comprendere quanto sia inopportuno cercare di calare la posizione processuale dell'aderente o del proponente all'interno dei conte-

⁷¹ Cfr. *infra*, cap. III, § 2.5.3. e cap. V, § 4.

nitori classificatori elaborati in stretto riferimento al processo ordinario di cognizione. D'altro canto la stessa dottrina ha puntualmente evidenziato in chiave generale che «la nozione di parte non possiede nulla di ontologico e si rivela anzi [...] come una nozione estremamente equivoca e polisensa», con la conseguente «necessità di verificare con riferimento alle singole fasi del processo ed ai singoli processi quali siano i soggetti legittimati a porre in essere i singoli atti processuali e quali siano i soggetti destinatari degli atti di parte e dei provvedimenti del giudice»⁷².

Risulta confermato, quindi, che il potere di azione di classe, nonché anche il potere di adesione non corrispondono al potere di azione individuale, sicché le posizioni processuali dei consumatori che partecipano al giudizio non possono essere lette attraverso i noti strumenti dogmatici.

Se si guarda l'azione ed il giudizio dal punto di vista della classe intesa come soggetto unico ed unitario le difficoltà si attenuano ed il potere di azione *ex art. 140-bis c. cons.* può essere assimilato ad una azione individuale posta in titolarità della classe.

Questa immagine, per ora tratteggiata solo in riferimento all'esame dei soggetti del giudizio, diviene più nitida affrontando il tema dell'oggetto, nonché quello degli effetti del processo.

In tale sede, come vedremo⁷³, il nuovo art. 140-*bis c. cons.* appare più chiaramente la norma che nel nostro ordinamento introduce a favore dei consumatori un potere di azione alternativo rispetto alle azioni individuali e spettante in titolarità alla classe; un potere di azione diretto a dar luogo ad un processo speciale di cognizione in cui tanto l'effetto di accertamento, che è proprio della sentenza che definisce nel merito il giudizio, quanto

⁷² PROTO PISANI, A., *Parte (dir. proc. civ.)*, cit., p. 922 e 923. Si pensi alla incerta figura dell'interventore adesivo dipendente, di cui non solo si è messa in dubbio l'estensione dei poteri processuali, ma anche la stessa possibilità di qualificare colui che interviene *ex art. 105, comma 2, c.p.c.* come parte del processo: cfr. ad es. CARNELUTTI, F., *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 55, che riteneva dovesse essere qualificato a metà tra la parte e la figura del terzo. Per approfondimenti, v., per tutti, CHIZZINI, A., *L'intervento adesivo*, I, *Struttura e funzione*, Padova, 1992, p. 902 ss.

⁷³ Cfr., *infra*, cap. V, spec. § 4.

l'effetto consumativo del potere di azione, conseguente il giudicato sostanziale, investono la classe; con l'unica particolarità dovuta al fatto che l'effetto di accertamento, pur potendosi in astratto produrre nei confronti di tutta la classe, subisce, per ragioni di opportunità costituzionale⁷⁴, la limitazione imposta dal comma 14, ovvero non si produce nei confronti dei consumatori che vogliono rimanere fuori dal giudizio e che pertanto non aderiscono all'azione.

Procedendo in questo senso, allora, l'applicazione delle nozioni tradizionali dovrebbe indurre a ritenere la classe stessa parte processuale e parte sostanziale del giudizio. Tuttavia questa impostazione, pur utile al fine di dare assetto dogmatico al nuovo strumento, non è ovviamente appagante riguardo all'obiettivo di determinare analiticamente quali sono e a chi spettano i poteri processuali attraverso cui si articola il procedimento giurisdizionale. In tale prospettiva occorre necessariamente entrare «dentro» la classe, assumendola quale aggregato di più consumatori. Ma così facendo, l'ausilio delle nozioni tradizionali svanisce ed acquisiscono priorità le specifiche soluzioni tecniche adottate dal legislatore per far funzionare il giudizio di classe⁷⁵.

⁷⁴ Cfr. *retro*, cap. I, § 5.2.3., nota 81.

⁷⁵ Con la grande lacuna riguardante un'apposita regolamentazione della disciplina delle spese idonea a sorreggere sul piano degli incentivi il nuovo regime di legittimazione ad agire come puntualmente osservato dalla dottrina maggiormente sensibile al problema, cfr., per tutti, GIUSSANI, A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, p. 34 ss. Critiche al nuovo art. 140-bis c. cons. sono state avanzate riguardo a tale profilo da più parti: cfr. ad es. GIUSSANI, A., *Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 473, in nota; CAPONI, R., *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, cit., p. 1226; ID., *Il nuovo volto della class action*, cit., p. 383; ID., *La riforma della «class action», Il nuovo art. 140-bis c. cons. nell'emendamento governativo*, cit., § 4; CONSOLO, C., *L'opt-in e gli interventi: ossia della variabilità dell'oggetto del giudizio e della unitarietà del rapporto processuale*, cit., p. 175; COSTANTINO, G., *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, cit., p. 388; DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 134; FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 488 s.

CAPITOLO TERZO

IL CONTROLLO DEL GIUDICE SULL'AZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La natura e la funzione del giudizio di ammissibilità della domanda di classe. – 2.1. La ricerca di una funzione comune ai «giudizi» di ammissibilità della domanda. – 2.2. La maggiore complessità funzionale del giudizio di ammissibilità della domanda *ex art. 140-bis c. cons.* – 2.3. Il dato strutturale-procedimentale comune ai giudizi di ammissibilità dell'azione. – 2.4. Le diverse soluzioni tecniche adottate sul piano procedimentale nei giudizi di ammissibilità dell'azione. – 2.5. Conclusioni sulla natura e sulla funzione del giudizio di ammissibilità *ex art. 140-bis c. cons.* – 2.5.1. La natura giurisdizional-volontaria del controllo sull'azione esercitato nella fase di ammissibilità. – 2.5.2. In particolare riferimento all'ordinanza di ammissibilità. – 2.5.3. In particolare riferimento all'ordinanza di inammissibilità. – 3. Le condizioni di ammissibilità della domanda di classe. – 3.1. In generale. – 3.2. Le condizioni di ammissibilità esplicite. – 3.2.1. La manifesta infondatezza della domanda. – 3.2.2. L'«identità» dei diritti individuali dei consumatori. – 3.2.3. Il conflitto di interessi. – 3.2.4. L'adeguata rappresentatività. – 3.2.4.1. La funzione. – 3.2.4.2. I criteri per valutarla. – 3.2.4.2.1. Le indicazioni che provengono dalla pregressa esperienza in materia di interessi collettivi. – 3.2.4.2.2. Le indicazioni che provengono dalle esperienze straniere. – 3.2.4.2.3. Conclusioni. – 3.3. Le condizioni di ammissibilità implicite. – 3.3.1. In generale. – 3.3.2. Le condizioni non nominate nella norma e non legate alla natura della controversia. – 3.3.2.1. Il rispetto dell'ambito di applicazione. – 3.3.2.2. L'appartenenza del consumatore proponente alla classe. – 3.3.3. Le condizioni non nominate nella norma e legate alla natura della controversia. – 3.3.3.1. L'interesse ad agire in via collettiva. – 3.3.3.2. Il numero dei consumatori appartenenti alla classe ed altre valutazioni. – 3.3.3.3. Il numero degli aderenti. – 3.3.4. Conclusioni. – 3.4. Il controllo dinamico delle condizioni di ammissibilità. – 3.4.1. Riguardo alla manifesta infondatezza. – 3.4.2. Riguardo al requisito di identità. – 3.4.3. Riguardo al conflitto di interessi e all'adeguata rappresentatività

1. *Premessa*

Le considerazioni svolte nel precedente capitolo riguardo alla posizione processuale dei consumatori all'interno del processo collettivo risarcitorio iniziano a delineare con chiarezza le distanze che separano il concetto dogmatico di azione in senso individuale dal nuovo istituto dell'azione di classe; distanze che trovano il loro fondamento nell'articolato quadro di esigenze che sono proprie del contenzioso collettivo risarcitorio e che ricevono risposta e formalizzazione normativa attraverso le nuove disposizioni dell'art. 140-*bis* c.p.c.

In quella sede abbiamo visto che l'azione spetta alla classe stessa, mentre al giudice è attribuito il compito di garantire che il consumatore proponente si ponga effettivamente come rappresentante adeguato della classe.

Nel presente capitolo occorre inserire questo discorso in un contesto più ampio; contesto costituito dall'esame della posizione processuale del giudice nella delicata fase di esercizio dell'azione.

Muovendosi in questa prospettiva il discorso si sposta dalla classe e dal consumatore al giudizio di ammissibilità della domanda previsto e disciplinato nei suoi diversi profili dai commi 6, 7, 8, 9, 10 e 11 dell'art. 140-*bis* c. cons., con particolare attenzione alla natura del potere-dovere che il tribunale esercita in tale sede.

2. *La natura e la funzione del giudizio di ammissibilità della domanda di classe*

2.1. *La ricerca di una funzione comune ai «giudizi» di ammissibilità della domanda*

Come già accennato il giudizio di ammissibilità costituisce il vero cuore pulsante del procedimento, ovvero il dato normativo che in assoluto più degli altri influisce sulla natura dell'azione collettiva rendendola uno strumento assai diverso dall'azione individuale ed in parte lontano dai principi che per tradizione regolano quest'ultima.

A tal proposito si può da subito osservare che in genere la locuzione «ammissibilità della domanda» evoca un controllo della domanda proposta lungo due diverse prospettive.

In primo luogo si rinvia ad un sindacato giudiziale sulla sussistenza e sul corretto esercizio del potere.

Un'applicazione tipica della nozione nella prospettiva ora indicata si rinviene nelle fasi di impugnazione. Tuttavia, in un contesto più generale, parte della dottrina¹, talora avallata dalla giurisprudenza², ha impiegato la nozione anche in riferimento al giudizio di primo grado riguardo al vaglio giudiziale che investe la sussistenza dei requisiti processuali che condizionano il dovere del giudice di decidere nel merito la controversia; e ciò con lo scopo di dare a tale posizione processuale del giudice la consistenza di autonomo e distinto oggetto di accertamento rispetto al rapporto sostanziale controverso.

In una seconda e più specifica direzione applicativa il problema dell'ammissibilità della domanda va riferito ad alcune fattispecie processuali a carattere eccezionale; fattispecie caratterizzate dal fatto che il sindacato sull'ammissibilità si svolge all'interno di fasi o giudizi a carattere preliminare la cui esatta funzione non è sempre limpida.

Un significativo esempio di controllo preliminare di ammissibilità della domanda si ritrova in materia di responsabilità civile dei magistrati³.

¹ Ci riferiamo in particolare alla tesi di CONSOLO, C., *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, 1985, p. 225 e 231; ID., *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 52 ss. Precedentemente ROMANO, A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, p. 124 ss. Più di recente, v. RECHIONI, S., *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999, p. 91 ss. Per l'esame della problematica, nonché per ulteriori indicazioni, v. TURRONI, D., *La sentenza civile sul processo, Profili sistematici*, Torino, 2006, p. 159 ss.

² Cfr. la nota Cass., S.U., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Giur. it.*, 2009, 1464, con nota di CARRATTA, A., *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*.

³ Su cui, v. PROTO PISANI, A., *Il giudizio nei confronti dello Stato*, e CIPRIANI, F., *Il giudizio di rivalsa contro il magistrato*, entrambi in *La nuova legge sulla responsabilità*

L'art. 5 della l. n. 117/88 prevede che il giudice istruttore, alla prima udienza, rimetta le parti dinanzi al collegio che, in camera di consiglio, delibera con decreto motivato sull'ammissibilità della domanda. Questa è dichiarata inammissibile qualora appaia infondata o qualora non siano rispettati alcuni termini e presupposti che la stessa legge prescrive⁴.

Prima dell'intervento della Corte costituzionale, che ha dichiarato illegittima tale disciplina⁵, un altro esempio di questo particolare istituto processuale ricorreva in materia di azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, ovvero all'art. 274 c.c., laddove era previsto che la domanda fosse ammissibile solo al ricorrere di «specifiche circostanze tali da farla apparire giustificata». Anche in tal caso si assisteva ad un controllo preliminare nella forma del giudizio autonomo in camera di consiglio⁶.

civile dei magistrati, in *Foro it.*, 1988, V, p. 410 ss.; ATTARDI, A., *Note sulla nuova legge in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Giur. it.*, 1988, IV, p. 305 ss.; AA.VV., *Commento alla legge 13 aprile 1988, n. 117, Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati*, a cura di N. Picardi e R. Vaccarella, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, p. 1203 ss.; BOLOGNESI, R., *Il giudizio di ammissibilità della domanda di risarcimento danni derivanti da responsabilità civile dei magistrati: un «filtro» per l'accesso o un «ostacolo» per la tutela giurisdizionale dei diritti lesi?*, in AA.VV., *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2001, p. 101 ss.

⁴ Tali presupposti sono previsti e regolati dagli artt. 2 e 3, della legge e delineano l'ambito di applicazione del rimedio collegandolo, in sintesi estrema, alla responsabilità per il danno ingiusto conseguente un comportamento, un atto o un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia. L'art. 4 prevede, poi, ulteriori presupposti, nonché dei termini entro cui esercitare l'azione.

⁵ C. cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Foro it.*, 2006, I, p. 966 ss., in *Dir. fam.*, 2006, p. 448, in *Dir. giust.*, 2006, p. 914 e 2026.

⁶ In argomento, v. CIVININI, M.G., *I procedimenti in camera di consiglio*, II, Torino, 1994, p. 790 ss.; CANTAFIO, A., *Procedimento ex art. 274 c.c. e dovuto processo sui diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 830 ss.; BASILICO, G., *Il decreto di ammissibilità dell'azione di cui all'art. 274 c.c.*, in AA.VV., *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, cit., p. 77 ss.; THOMAS, R., *L'accertamento della filiazione naturale*, Milano, 2001, p. 137 ss.

Un altro caso di filtro di ammissibilità della domanda, caratterizzato, peraltro, dall'ipotrofia della disciplina processuale⁷, ricorre – invece – in materia di dichiarazione giudiziale di interdizione o inabilitazione all'art. 713 c.p.c., che per l'appunto prevede che il presidente del tribunale, dopo aver ordinato la comunicazione del ricorso al pubblico ministero, possa con decreto «rigettare senz'altro la domanda» allorquando questi gliene faccia richiesta⁸.

La collocazione sistematica delle fattispecie processuali ora indicate è da tempo controversa⁹, tanto che la dottrina processualistica più avvertita non ha esitato a ritenere che le ipotesi normative richiamate siano «difficilmente riconducibili a sistema, nonostante qualsiasi sforzo ermeneutico»¹⁰.

Il legislatore ha, infatti, disciplinato queste fasi preliminari in maniera non omogenea, rendendo più difficile chiarire quale sia la natura dell'attività giurisdizionale ivi svolta, nonché i suoi rapporti con le successive fasi del giudizio.

⁷ Ma v. al riguardo le integrazioni della disciplina operate da C. cost., 5 luglio 1968, n. 87, in *Foro it.*, 1968, I, p. 2042; in *Giur. cost.*, 1968, p. 1448; in *Giur. it.*, 1968, I, 1, p. 1285; in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 301 ss., con nota di MANDRIOLI, C., *Il «nuovo» provvedimento di rigetto anticipato della domanda di interdizione e inabilitazione dopo la parziale dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 713, 1° comma, cod. proc. civ.*

⁸ In argomento, v. POGGESCHI, R., *Il processo di interdizione e inabilitazione*, Milano, 1958, spec. p. 62 ss.; PROTO PISANI, A., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 c.p.c. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla questione di interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 393 ss., ora in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2006, da cui prenderemo i riferimenti per le citazioni, p. 569 ss. spec. p. 616 s., 622; RAMPAZZI GONNET, G., *Procedimento di interdizione e inabilitazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, XIV, 1996, p. 583 ss.; VELLANI, M., *Interdizione e inabilitazione (procedimento di)*, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, 1989, p. 2-3.

⁹ L'argomento non ha trovato una propria autonoma collocazione dogmatica in dottrina, la quale ha trattato il tema in riferimento alle diverse ipotesi positive previste dal nostro ordinamento. Per i dovuti riferimenti, quindi, v. le citazioni presenti alle note che seguono. Tuttavia, all'interno dell'ampia cornice dei procedimenti in camera di consiglio, dedica alla figura del giudizio di ammissibilità della domanda una autonoma collocazione e trattazione CIVININI, M.G., *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., p. 789 ss.

¹⁰ PROTO PISANI, A., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 c.p.c.*, cit., p. 616; cfr. anche SALVANESCHI, L., *Una pronuncia di parziale accoglimento della Consulta ed un preteso rapporto esaurito*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 843 ss., spec. 844.

Sull'esatta qualificazione giuridica dell'istituto hanno poi influito le incertezze di sistemazione dogmatica che si registrano da tempo in dottrina in riferimento a quei procedimenti, sovente camerali e di dubbia qualificazione, che con difficoltà possono essere ascritti alla tutela contenziosa dichiarativa piuttosto che alla tutela giurisdizionalvolontaria; procedimenti talora ricondotti a questa seconda categoria non tanto come risultato di una opzione interpretativa effettivamente diretta a stabilire con esattezza la natura dell'attività giurisdizionale svolta, quanto, piuttosto, al solo scopo di evitare una qualificazione decisoria del procedimento, ovvero più precisamente allo scopo di evitare indebite compressioni o lesioni del diritto al giusto processo garantito costituzionalmente¹¹. In altri termini, la qualificazione giurisdizionalvolontaria del procedimento ha costituito la necessaria opzione teorica per evitare la formazione del giudicato sull'esistenza o meno del diritto soggettivo dedotto in giudizio a vantaggio della riproponibilità della domanda in via ordinaria. Né migliore fortuna ha avuto, per certi versi¹², il tentativo di superare le difficoltà di sistemazione di questi procedimenti attraverso l'elaborazione di nuovi contenitori dogmatici volti a rimarcare le specificità funzionali e strutturali del procedimento. Si pensi, ad esempio, all'incerta categoria rappresentata dalla giurisdizione a contenuto oggettivo¹³.

¹¹ Cfr. ad es. C. cost., 12 luglio 1965, n. 70, in *Foro it.*, 1965, I, p. 1369. Sulla tecnica del c.d. «de-classamento» non decisivo, v., per tutti, LANFRANCHI, L., *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, in *La roccia non incrinata*, Torino, 2004, p. 1 ss., spec. p. 58 ss.

¹² Nel testo ci riferiamo in particolare ai noti studi di Luigi Montesano, citati alla nota seguente, sebbene la linea ricostruttiva indicata dall'A. potrebbe essere ulteriormente sviluppata, in quanto sinora è tra quelle maggiormente tese ad determinare un autonomo contenitore dogmatico volto a sottrarre dalla giurisdizione volontaria quelle fattispecie particolari in cui il sindacato giudiziale, pur non addivenendo a provvedimenti decisori incontrovertibili ai sensi dell'art. 2909 c.c., produce comunque decisioni che incidono profondamente sulle modalità di esercizio di diritti personalissimi.

¹³ Cfr. in particolare MONTESANO, L., *Giurisdizione volontaria*, in *Enc. giur. Trec.*, XV, Roma, 1989, p. 3; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 1997, p. 25 ss. Cfr. in particolare ID., *Sull'efficacia, sulla revoca, e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudici civili*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, I, p. 596 ss., spec. p. 606, dove

In ogni caso nelle fattispecie processuali poc'anzi indicate, un primo profilo di eccezionalità riguarda particolare ed inconsueta interposizione che si viene a realizzare tra la domanda e l'accesso alla tutela giurisdizionale.

Il principio di atipicità dell'azione, espresso innanzitutto dal disposto del primo comma dell'art. 24 Cost., dovrebbe, infatti, impedire l'introduzione di filtri ed ostacoli che neghino o rendano eccessivamente difficoltoso un giudizio di merito sulla domanda proposta dal titolare del rapporto sostanziale dedotto in giudizio¹⁴.

Tuttavia, come più volte evidenziato dalle decisioni della Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di istituti di tal fatta¹⁵, il ricorrere di principi o esigenze particolari

l'illustre A. ora citato ravvisa un caso di giurisdizione oggettiva incidente anche su diritti soggettivi nei procedimenti anche non camerali o non prevalentemente camerali che si differenziano dal rito ordinario per la presenza di fasi o pre-fasi sommarie camerali come per l'appunto accade nel giudizio di interdizione e inabilitazione.

¹⁴ Bastino a tal riguardo le osservazioni che PROTO PISANI, A., *Il giudizio nei confronti dello Stato*, cit., p. 424, avanzava in riferimento alla disciplina del giudizio di ammissibilità della domanda di risarcimento del danno per responsabilità dei magistrati, ovvero l'auspicio che «proprio l'allargamento del giudizio preliminare di ammissibilità al di là delle ipotesi previste dall'art. 274 c.c. o 713 c.p.c., costituisca occasione per la Corte costituzionale per ripensare tutto il tema delicatissimo dei limiti interni all'esercizio del diritto di azione consistenti in una delibazione preventiva di ammissibilità e di fondatezza della domanda; ripensamento che a mio avviso non potrebbe non comportare la constatazione dell'insanabile contraddizione esistente tra il riconoscimento del diritto di azione inteso come diritto ad ottenere una decisione a cognizione piena circa la esistenza o no del diritto fatto valere in giudizio, da un lato, e la predisposizione di strumenti attraverso i quali respingere le domande che appaiano prima facie infondate o inammissibili, dall'altro». Cfr. anche ID., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 ss. c.p.c.*, cit., spec. p. 616 s. V. di recente DANOVÌ, F., *L'art. 274 c.c. e gli irragionevoli ostacoli all'esercizio del diritto di azione*, in *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di E. Fazzalari, Napoli, 2006, p. 134 ss. In riferimento all'art. 140-bis c. cons., v. le osservazioni svolte *infra*, nota ??.

¹⁵ La maggiore produzione giurisprudenziale ha investito l'art. 274 c.c., v. C. cost., 12 luglio 1965, n. 70, in *Foro it.*, 1965, I, p. 1369; C. cost., 22 maggio 1974, n. 140, *ivi*, 1974, I, p. 1545; C. cost., 30 dicembre 1987, n. 621, in *Foro it.*, 1988, I, p. 1744; C. cost., 20 luglio 1990, n. 341, in *Giust. civ.*, p. 2485; C. cost., 11 giugno 2004, n. 169, in *Giust. civ.*, 2005, p. 1451; ed infine C. cost., 10 febbraio 2006, n. 50, cit. In riferimento all'art. 713 c.p.c., v. C. cost., 5 luglio 1968, n. 87, cit.; mentre, in riferimento, all'art. 5 della l. 117/88, v. C. cost., 13 gennaio 2005, n. 67, in *Foro it.*, 2005, I, p. 1302.

di ordine costituzionale possano giustificare una disciplina in parte derogatoria degli ordinari rapporti tra diritto e processo, autorizzando il legislatore a filtrare l'accesso al giudizio di merito al fine di evitare forme di strumentalizzazione del processo stesso, che per la loro natura temeraria, artificiosa o ricattatoria, possano rivelarsi dannose per gli interessi tutelati dalla normativa sostanziale.

La tecnica prevalentemente adottata nelle fattispecie in questione è allora costituita dall'attivare un controllo preventivo sulle ragioni sostanziali della pretesa vantata nella forma della manifesta infondatezza¹⁶; controllo che costituisce un'anticipazione in via fortemente sommaria del giudizio di merito sulla domanda. E ciò al fine di consentire o non consentire l'accesso al giudizio o la prosecuzione dello stesso per salvaguardare la posizione sostanziale (e gli interessi a questa connessi) dei soggetti coinvolti.

2.2. *La maggiore complessità della funzione spettante al giudizio di ammissibilità della domanda ex art. 140-bis c. cons.*

Se alla luce delle considerazioni che precedono si osserva la disciplina dell'art. 140-*bis* c. cons., si nota subito che il controllo sull'ammissibilità della domanda si colloca in un momento processuale preliminare che condiziona la prosecuzione del giudizio come nelle fattispecie poc'anzi indicate, ma, d'altro canto, la funzione assegnata a questo primo vaglio della domanda all'interno dell'art. 140-*bis* c. cons. appare ben più complessa ed articolata rispetto a quel che accade negli artt. 274 c.c., 713 c.p.c. e 5 l. n. 117/88¹⁷.

¹⁶ In relazione al giudizio di ammissibilità *ex art.* 5 l. n. 117/88 la sostanziale riconducibilità delle diverse ipotesi alla manifesta infondatezza è evidenziata da PROTO PISANI, A., *Il giudizio nei confronti dello Stato*, cit., p. 422. Nello stesso senso, riguardo al giudizio *ex art.* 274 c.c., cfr. CIVININI, M.G., *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., p. 849.

¹⁷ Cfr., già in riferimento al precedente art. 140-*bis* c. cons., CONSOLO, C., *Profili processuali generali, rito applicabile e fase preliminare del c.d. «filtro» giurisdizionale sull'ammissibilità dell'azione collettiva*, in CONSOLO, C.-BONA, M.-BUZZELLI, P., *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, p. 149. Sul giudizio di am-

E non a caso autorevolmente si è osservato che «la prima fase, presentata con la veste dimessa di semplice delibazione, è in realtà il momento centrale della tutela collettiva»¹⁸.

Dalla lettura dell'art. 140-*bis* c. cons. emergono piuttosto agevolmente due dati di primo rilievo:

1) le questioni che il giudice deve affrontare per decidere sull'ammissibilità non sono limitate alla manifesta infondatezza della domanda;

2) il giudizio di ammissibilità, se di esito positivo, non si limita ad aprire e chiudere la porta del processo come viceversa accade nelle disposizioni addietro richiamate, ma estende in profondità la sua portata precettiva all'interno del giudizio.

Più precisamente, per quel che riguarda il primo profilo, la domanda è dichiarata inammissibile se:

- a) è manifestamente infondata;
- b) sussiste un conflitto di interessi;
- c) non si ravvisa l'identità dei diritti individuali;
- d) il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

Per quel che riguarda il secondo profilo, invece, il provvedimento con il quale si ammette la domanda collettiva diviene la sede per l'esercizio di ampi poteri di gestione processuale della controversia.

missibilità, v., in particolare, COSTANTINO, G., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 1143 ss.; DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, in *La nuova class action e la tutela collettiva dei consumatori*, a cura di G. Chinè e G. Miccolis, Roma, 2010, p. 206 ss.; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 1413 ss., spec. p. 1441 ss.; riguardo la precedente disciplina, v. CARRATTA, A., *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 315 ss.; DE SANTIS, F., *La pronuncia sull'ammissibilità della «class action»: una «certification all'italiana»?*, in AA.VV., *Class, Action! (?)*, a cura di R. Lener e M. Rescigno, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2008, p. 143 ss.; OLIVIERI, G., *La class action in Italia, Il giudizio di ammissibilità, la camera di conciliazione e gli effetti del giudicato*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 1155 ss.

¹⁸ VIGORITI, V., *Finalmente, l'azione di classe. Primi rilievi*, in AA.VV., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 20.

Con l'ordinanza con la quale ammette la domanda, infatti, il giudice *deve*:

a) definire i caratteri dei diritti individuali omogenei che potranno confluire nell'oggetto del giudizio mediante le adesioni, specificando i criteri in base ai quali i consumatori che chiedono di aderire saranno inclusi nella classe o esclusi dalla stessa;

b) fissare il termine perentorio entro cui deve essere data pubblicità all'ordinanza, a pena di improcedibilità della domanda;

c) determinare le forme e le modalità della stessa in ordine all'obiettivo di garantire una tempestiva adesione da parte dei consumatori appartenenti alla classe;

d) fissare il termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza del termine per pubblicizzare l'ordinanza di ammissione, entro cui i consumatori interessati ad avvalersi della tutela collettiva debbono aderire;

e) determinare il corso del procedimento, assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo.

Con la medesima ordinanza o con ordinanza successiva modificabile o revocabile in ogni tempo, il giudice può inoltre:

a) prescrivere le misure atte a evitare indebite complicazioni e ripetizioni nella presentazione di prove o argomenti;

b) onerare le parti della pubblicità ritenuta necessaria per una adeguata tutela degli aderenti;

c) regolare nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplinare ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio¹⁹.

Da questa sintetica esposizione del contenuto dell'ordinanza che ammette la domanda della classe emerge chiaramente la volontà del legislatore di individuare un apposito momento processuale diretto ad un vero e proprio controllo giudiziale sull'azione

¹⁹ Va ricordato, peraltro, che il giudice all'esito della prima udienza può anche sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente, ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo.

esercitata sulla falsariga del noto istituto della *certification* previsto dagli ordinamenti stranieri ispirati alla *class action* statunitense²⁰.

In questa prospettiva il giudizio di ammissibilità è senz'altro caricato di una funzione più articolata e complessa rispetto a quella più limitata e propria dei giudizi di ammissibilità già presenti nel nostro ordinamento e per tale ragione l'esatta determinazione della natura di questo particolare meccanismo processuale è tanto più importante quanto più delicata²¹.

2.3. *Il dato strutturale-procedimentale comune ai giudizi di ammissibilità dell'azione*

Un passo avanti verso la delineazione della natura del giudizio di ammissibilità della domanda di classe può essere compiuto

²⁰ Sulla funzione della *certification*, v., per tutti, KAPLAN, B., *Continuing Work of The Civil Committee: 1966 Amendments of The Federal Rules of Civil Procedure* (I), 81 *Harv. L. Rev.* 356 (1967-1968).

²¹ Per questa ragione tale filtro, se debitamente interpretato, non appare lesivo dei principi costituzionali in punto di azione *ex art.* 24 Cost., in quanto, come meglio vedremo, non solo evita che iniziative giudiziale estemporanee o pretestuose possano arrecare ingiustificato danno all'impresa, ma garantisce che l'azione di classe sia correttamente esercitata dal proponente senza lesione dei principi del giusto processo né a carico degli aderenti né a carico del convenuto. Per la costituzionalità della previsione, v. PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 251 ss., spec. p. 253; ZUFFI, B., *La duplice débauche subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di reclamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio per il diniego dell'accesso agli atti della Banca d'Italia*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2612 ss., spec. p. 2614; in giurisprudenza, v. App. Torino, 27 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, I, p. 3530 ss., con nota di DE SANTIS, A.D., *Brevissime notazioni sulla nuova azione di classe ex art. 140-bis cod. consumo*; in *Guida dir.*, 2010, fasc. 47, p. 60, con nota di GIUSSANI, A., *Ribalata la posizione del tribunale di primo grado sulla conformità costituzionale del subprocedimento*; in *Corr. giur.*, 2011, p. 519 ss., con nota adesiva di ZUFFI, B., *La corte d'appello di Torino riconosce all'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. esclusiva funzione condannatoria, respingendo i dubbi di costituzionalità avanzati in merito al c.d. filtro*; contra, COSTANTINO, G., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, in *Diritto econ. ass.*, 2010, p. 1130 ss., spec. p. 1145; con particolare riferimento al vaglio di manifesta infondatezza, lamenta l'inco-

portando l'attenzione sui profili procedurali dell'istituto ed in particolare esaminando la disciplina a tal proposito prevista dall'art. 140-*bis* c. cons. in comparazione con i giudizi di ammissibilità addietro indicati.

In via preliminare, peraltro, occorre fare una riflessione a carattere più generale.

Come detto in precedenza, parte della dottrina ha impiegato la nozione di ammissibilità della domanda in riferimento al vaglio giudiziale che investe la sussistenza dei requisiti processuali che condizionano il dovere del giudice di decidere la controversia nel merito.

Questo tipo di riflessione illumina in primo luogo un aspetto che occorre tenere ben presente come premessa.

Anche nei giudizi preliminari di ammissibilità previsti nel nostro ordinamento il giudice valuta questioni, ovvero presupposti speciali, da cui dipende la possibilità di decidere nel merito la controversia; tuttavia, in queste specifiche ipotesi, il legislatore ha voluto sottrarre tali questioni alle regole che governano la progressiva formazione della decisione di primo grado che nel nostro ordinamento sono in generale disciplinate in riferimento ai rapporti tra giudice istruttore e collegio nel procedimento di cognizione ordinario davanti al tribunale²²; regole, che, come noto, vengono enunciate soprattutto dagli artt. 177, 178, 187, 188, 189, 279, c.p.c.

Secondo tali regole, le questioni pregiudiziali di rito che sorgono durante il giudizio, sebbene possano dar luogo ad una remissione anticipata *ex art.* 187, comma 3, c.p.c., non devono essere necessariamente risolte in apertura del processo, potendo ben essere accantonate. In ogni caso, tali questioni, giunte poi al

stituzionalità della norma GIUSSANI, A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1239 s.; ID., *Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 465 ss., spec. p. 472; per ulteriori approfondimenti, v. PACE, A., *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova «class action»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 15 ss.

²² Discorso che, ovviamente, vale, *mutatis mutandis*, anche in riferimento alla disciplina del procedimento di cognizione davanti al tribunale in composizione monocratica.

collegio, in quanto astrattamente idonee a definire il giudizio, sono decise con sentenza definitiva *ex art. 279, comma 2, nn. 1 e 2, c.p.c.* o con sentenza non definitiva *ex art. 279, comma 2, n. 4, c.p.c.*

Attraverso tale sequenza procedimentale la questione di rito passa dalla trattazione alla decisione, comportando la definitiva consumazione del potere-dovere decisorio del giudice di primo grado sul punto, con conseguente regime di irrevocabilità della decisione resa in forma di sentenza. Sorge, così, in capo alle parti il potere di impugnazione: prima in appello, per provocare una nuova soluzione della questione da parte del giudice superiore, e successivamente in cassazione, per un ultimo controllo di legittimità²³.

Sulla base di queste considerazioni emerge un primo dato fondamentale e comune a tutti i giudizi di ammissibilità, cioè il fatto che il legislatore ha destinato un momento processuale apposito e preliminare, talvolta addirittura nella forma del procedimento autonomo²⁴, nel quale il giudice deve verificare da subito la sussistenza di particolari presupposti, ulteriori e diversi rispetto a quelli che di regola condizionano il passaggio al merito, e pronunciarsi immediatamente sulla loro sussistenza²⁵.

²³ Una ipotesi particolare ricorre, ad esempio, in materia di estinzione del giudizio. In questo caso, infatti, la soluzione della questione può essere assunta dallo stesso giudice istruttore che decide con ordinanza. Tuttavia, nel solo caso in cui il provvedimento del giudice istruttore sia dichiarativo dell'estinzione e non nel caso opposto, tale ordinanza è soggetta al reclamo al collegio. La tecnica processuale è in parte diversa, ma in ogni caso la questione di rito passa dal giudice istruttore al collegio che poi definisce con una sentenza soggetta agli ordinari rimedi di impugnazione. Una disciplina specifica è stata di recente dettata dal legislatore del 2009 riguardo alla questione di competenza, la quale, come è noto, può essere decisa con un'ordinanza ritenuta in dottrina non revocabile e soggetta a regolamento di competenza. Anche in questo caso con la pronuncia dell'ordinanza si apre un corridoio processuale che rapidamente conduce alla definitiva fissazione della soluzione della questione.

²⁴ Su questo preciso profilo, v., oltre alla dottrina citata *infra*, nota 25, BASILICO, G., *Sul rapporto tra fase camerale e fase contenziosa nel giudizio ex art. 274 c.c.*, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 185 ss.; TOMMASEO, F., *Sull'autonomia del giudizio di ammissibilità nel reclamo di stato di figlio naturale*, in *Fam. dir.*, 1997, p. 242 ss.

²⁵ Il significato di questa tecnica processuale è stata evidenziata puntualmente in riferimento all'art. 5 l. n. 117/88, in cui il giudizio di ammissibilità costituisce una fase

2.4. *Le diverse soluzioni tecniche adottate sul piano procedimentale nei giudizi di ammissibilità dell'azione*

A questo dato comune e tipico della disciplina, segue peraltro una regolamentazione non omogenea dei rimedi che le parti possono utilizzare per avversare il provvedimento che ammette o non ammette la domanda.

Nell'autonomo giudizio *ex art. 274 c.c.*, ad esempio, il vaglio di ammissibilità della domanda, diretto a verificare la sussistenza di «specifiche circostanze tali da farla apparire giustificata», nonché, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale, a verificare che la domanda fosse «rispondente all'interesse del figlio»²⁶, si svolgeva in forma camerale e si chiudeva con decreto reclamabile davanti alla corte d'appello, la quale decideva anch'essa in camera di consiglio con decreto²⁷.

La scarsa regolamentazione, nonché l'eccezionalità del meccanismo processuale hanno condotto la dottrina e la giurisprudenza ad un lungo dibattito sulla natura del giudizio al fine di risolvere i diversi problemi interpretativi sollevati dalla norma ed in particolare riguardanti: – l'oggetto del giudizio di ammissibilità; – la riproponibilità della domanda; – la ricorribilità o meno *ex art. 111, comma 7, Cost.*, del decreto di inammissibilità, nonché di quello di ammissibilità; – i rapporti tra fase di ammissibilità e successivo giudizio di merito.

Senza entrare nel dettaglio delle diverse opinioni, la linea interpretativa seguita dalla prevalente dottrina processualcivilistica è stata quella di diversificare l'oggetto del giudizio di ammissibilità rispetto a quello del successivo processo dichiarativo dello *status*, riconoscendo natura non decisoria al decreto che chiude il giudizio preliminare ed escludendo – in particolare nel caso di

del processo e non un autonomo giudizio: cfr. PROTO PISANI, A., *Il giudizio nei confronti dello Stato*, cit., p. 420; VACCARELLA, R., *Sub art. 5*, in AA.VV., *Commento alla legge 13 aprile 1988, n. 117*, cit., p. 1311 ss., spec. p. 1317-1318.

²⁶ Cfr. C. cost., 20 luglio 1990, n. 341, cit.

²⁷ In argomento, v., per tutti, CIVININI, M.G., *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., p. 790 ss.

inammissibilità – l'applicazione diretta del ricorso straordinario ex art. 111 Cost. con conseguente riproponibilità della domanda²⁸.

In riferimento al giudizio previsto dall'art. 5 della l. n. 117/88 la disciplina offerta dal legislatore è stata più articolata.

Qui l'ammissibilità dipende dal fatto che la domanda non sia «manifestamente infondata», nonché dal rispetto dei termini e dei presupposti di esercizio dell'azione previsti dagli artt. 2, 3, 4; tutte questioni legate al merito del giudizio²⁹.

Il giudice competente è il tribunale, che, «sentite le parti, delibera in camera di consiglio sull'ammissibilità della domanda»; tuttavia il comma 2 dell'art. 5, proprio per imporre l'immediata decisione sull'ammissibilità, prevede una ipotesi «anomala di rimessione al collegio, tramite la quale questo è investito solo delle questioni di ammissibilità così come individuate dall'art. 5, comma 3, e non di tutta la causa (come previsto dal 2° comma dell'art. 189 c.p.c.)»³⁰; difatti, è previsto che «il giudice istruttore, alla prima udienza, rimette le parti dinanzi al collegio che è tenuto a provvedere entro quaranta giorni dal provvedimento di rimessione del giudice istruttore».

²⁸ Per tutti, v. ANDRIOLI, V., *Le sentenze della Corte costituzionale: consuntivo degli effetti sull'ordinamento positivo*, in *Foro it.*, 1969, V, p. 73 ss., spec. p. 88-90; ID., *Nota a Cass.*, 13 giugno 1969, n. 2088, *ivi*, 1969, I, p. 1677 ss. Cfr., poi, PROTO PISANI, A., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 c.p.c.*, cit., p. 616; LANFRANCHI, L., *Il ricorso straordinario inesistente e il processo dovuto ai diritti*, in *La roccia non incrinata*, cit., p. 344; CIVININI, M.G., *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., p. 849 ss.; BASILICO, G., *Il decreto di ammissibilità dell'azione di cui all'art. 274 c.c.*, cit., p. 99. Per una lettura attenta a contemperare il dato giurisprudenziale e la garanzia costituzionale delle cognizioni piena, v. SALVANESCHI, L., *Una pronuncia di parziale accoglimento della Consulta ed un preteso rapporto esaurito*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 843 ss., spec. p. 861 s., favorevole ad un giudicato *rebus sic stantibus*. Per l'esame della posizione giurisprudenziale nella prospettiva dei diversi orientamenti in punto di ricorso straordinario, v. CIVININI, M.G., *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., p. 845 ss.

²⁹ Sul punto, v. gli A.A. cit. *retro*, nota 3.

³⁰ Così PROTO PISANI, A., *Il giudizio nei confronti dello Stato*, cit., p. 420; v. anche VACCARELLA, R., *Sub art. 5*, in AA.VV., *Commento alla legge 13 aprile 1988, n. 117*, cit., p. 1311 ss., spec. p. 1317-1318.

Il particolare meccanismo di rimessione, la sommarietà della cognizione, nonché la forma del provvedimento conclusivo hanno, poi, indotto il legislatore a disciplinare un regime specifico delle impugnazioni.

A tal riguardo il comma 4 dell'art. 5 prevede che *solo* il decreto di inammissibilità sia reclamabile davanti la corte d'appello *ex art. 739 c.p.c.* e parimenti *solo* il decreto di inammissibilità della corte d'appello sia soggetto a ricorso in cassazione.

Su queste basi, contrariamente a quanto prevalentemente ritenuto in riferimento al decreto reso *ex art. 274 c.c.*, la dottrina ha qualificato come decisorio il decreto di inammissibilità³¹.

Non così riguardo al decreto che ammette l'azione; rispetto al quale il comma 5 dell'art. 5 si limita a prevedere che, se la domanda è ammessa dal tribunale, quest'ultimo dispone la prosecuzione del processo. Inoltre, se l'ammissibilità è disposta in sede di reclamo dalla corte d'appello o dalla cassazione, gli atti sono rimessi ad altra sezione del tribunale o al tribunale che decide in composizione diversa. È anche opportunamente precisato che nell'eventuale giudizio di appello non possono far parte i magistrati che abbiano fatto parte del collegio che ha pronunciato l'inammissibilità in sede di reclamo.

Venendo all'art. 140-*bis* c. cons. si nota in primo luogo che, diversamente da quanto auspicato da talune prospettive di riforma³², il giudizio di ammissibilità trova collocazione all'interno del giudizio di cui costituisce una fase preliminare.

Più precisamente, l'art. 140-*bis* c. cons. individua come sede deputata al controllo delle condizioni di ammissibilità dell'azione

³¹ Cfr. PROTO PISANI, A., *Il giudizio nei confronti dello Stato*, cit., p. 422-423; ID., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 c.p.c.*, cit., p. 616, in nota; VACCARELLA, R., *Sub art. 5*, cit., p. 1324; ATTARDI, A., *Note sulla nuova legge in tema di responsabilità dei magistrati*, cit., p. 312-313; BASILICO, G., *Il decreto di ammissibilità dell'azione di cui all'art. 274 c.c.*, cit., p. 94-95; *contra*, LANFRANCHI, L., *Il ricorso straordinario inesistente e il processo dovuto ai diritti*, in *La roccia non incrinata*, cit., p. 344 s., secondo cui «la sentenza di cassazione dichiarativa d'inammissibilità non escluderebbe la riproponibilità (sia pure sulla base di fatti diversi da quelli già presi in esame)».

³² Ci riferiamo al d.d.l. n. S/454.

collettiva «la prima udienza», che, come anche ritenuto in riferimento alla precedente formulazione, non è l'udienza *ex art.* 183 c.p.c., ma un'udienza apposita destinata a consentire lo svolgimento del giudizio ai sensi e con gli effetti dell'art. 140-*bis* c. cons.

Questa conclusione è ancor più valida oggi, visto che il rito processuale delineato dal legislatore non sembra quello ordinario³³, né, come era stato ipotizzato precedentemente, il processo di regola individuato dall'ordinamento per il giudizio individuale dichiarativo specificamente previsto per la categoria dei diritti soggettivi fatti valere in forma collettiva³⁴, ma un rito speciale ad elevata elasticità processuale nel quale spettano al giudice penetranti poteri di determinazione del corso della procedura.

La disciplina, come già indicato poc'anzi in via di premessa, in deroga alle regole ordinarie previste dagli artt. 177, 178, 187, 188, 189, 279, c.p.c., anche qui è volta a provocare un'immediata decisione sull'ammissibilità con forme diverse dalla sentenza; sull'ammissibilità, infatti, il tribunale decide con ordinanza.

³³ Così, CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1303; BOVE, M., *La trattazione nel processo di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 83 ss.; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1432 ss.; con accenti critici, PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, cit., p. 254; TARUFFO, M., *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 103 ss., spec. p. 120 s.; *contra*, COSTANTINO, G., *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 388 ss., spec. p. 390; ID., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 1146 ss.; PAGNI, I., *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 349 ss., spec. p. 366; con taluni distinguo anche SANTANGELI, F.-PARISI, P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, in AA.VV., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 191 ss., spec. p. 250; TAVORMINA, V., *La nuova class action*, cit., p. 247.

³⁴ Così, ad es. COSTANTINO, G., *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 «bis» cod. consumo*, cit., p. 17 ss.; MENCHINI, S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 41 ss., spec. p. 47; AMADEI, D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. mer.*, 2008, 940 ss., spec. p. 951, nota 8.

Questa ordinanza, indipendentemente dal contenuto positivo o negativo, è soggetta ad un mezzo di controllo immediato davanti al giudice superiore; controllo che non assume, come è naturale, le forme dell'appello, ma quelle del reclamo proponibile entro un termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione o dalla notificazione dell'ordinanza se anteriore.

Il giudizio di reclamo si svolge in camera di consiglio ed è a impatto zero rispetto al giudizio davanti al tribunale, difatti non lo sospende e dovrebbe durare non oltre quaranta giorni.

Il giudizio di reclamo si chiude nuovamente con ordinanza e non con sentenza e a tal riguardo il legislatore non ha previsto la possibilità di ricorrere in cassazione.

A tal proposito occorre, dunque, chiarire: *a)* quale stabilità abbia l'ordinanza di *inammissibilità* e più precisamente in quale misura questa sia preclusiva di successive iniziative di classe e se, per tale ragione, sia eventualmente soggetta al ricorso straordinario *ex art. 111, comma 7, Cost.*; *b)* quale sia la stabilità dell'ordinanza di *ammissibilità*, cioè se sia revocabile o modificabile durante il giudizio, e se anche essa sia eventualmente ricorribile in cassazione in via straordinaria.

2.5. Conclusioni sulla natura e sulla funzione del giudizio di ammissibilità *ex art. 140-bis c. cons.*

2.5.1. La natura giurisdizional-volontaria del controllo sull'azione esercitata nella fase di ammissibilità

Gli interrogativi appena indicati sono ovviamente legati a doppio filo alla natura del giudizio e alla natura dei poteri attribuiti al giudice. Tuttavia, come visto sinora, le stesse forme procedurali conducono a loro volta verso una certa qualificazione piuttosto che un'altra.

Alla luce del nesso di circolarità che lega sul piano interpretativo le due diverse prospettive di apprezzamento del nuovo meccanismo processuale, la soluzione maggiormente plausibile consiste nel ritenere che il legislatore abbia attribuito al giudice un potere di controllo sull'azione di classe avente natura giuri-

sdizional-volontaria; che sia stato, cioè, riconosciuto al giudice un potere teso a garantire che la nuova azione (alternativa ed aggiuntiva a quella individuale) e più in generale il giudizio di classe siano sempre aderenti alle specifiche esigenze della controversia coerentemente alle finalità proprie della tutela collettiva risarcitoria.

Questa considerazione, sebbene in diversa misura, ha valore in riferimento a tutti i requisiti che il giudice deve valutare al fine di ammettere la domanda; e ciò vale tanto nel caso in cui la domanda sia ammessa, quanto nell'ipotesi inversa.

2.5.2. *In particolare riferimento all'ordinanza di ammissibilità*

Nel primo caso, occorre guardare il problema primariamente nella prospettiva della revoca o modifica dell'ordinanza³⁵

³⁵ Riguardo alla possibilità di revocare o modificare l'ordinanza di ammissibilità, l'art. 140-bis c. cons. non offre una disciplina espressa. Si potrebbe ritenere il contrario sulla base del comma 11 dell'articolo, che disciplina i poteri di programmazione processuale del giudice ed afferma che questi sono esercitati con l'ordinanza che ammette l'azione o con una successiva, «modificabile o revocabile in ogni tempo». Tuttavia è evidente che l'ordinanza di ammissibilità costituisce un provvedimento a contenuto complesso in cui una parte risolve la questione di ammissibilità ed una parte, qualora la prima abbia esito positivo, rappresenta la sede in cui il giudice determina le modalità di svolgimento del giudizio. Con l'ordinanza, insomma, il giudice esercita due diversi poteri: quelli di controllo sull'azione, da un lato, e quelli ordinatori, dall'altro. È allora maggiormente plausibile ritenere che il comma 11 si riferisca ai secondi e non ai primi. Il problema della revoca o modifica dell'ordinanza, sebbene debba essere affrontato anche tenendo conto delle ragioni che conducono alla revoca o modifica, va allora inquadrato nella prospettiva sistematica elaborata dalla dottrina in riferimento ai procedimenti camerati a contenuto giurisdizional-volontario, su cui, per tutti, v. CHIZZINI, A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994. In dottrina, in riferimento al 140-bis c. cons., favorevole alla revoca per il venir meno dell'adeguata rappresentatività, v. MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1432. Più in generale, per una revoca fondata su nuove circostanze, sopravvenute o previamente non dedotte, v. MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1469, anche nota 160; le nuove circostanze sono richiamate anche da GUERNELLI, M., *La nuova azione di classe: profili processuali*, cit., p. 923, che però successivamente ritiene non possibile la revoca dell'ordinanza di ammissibilità «per elementari motivi di certezza del diritto» (p. 926), sicché pare si riferisca solo alle vere e proprie sopravvenienze; contrario in generale alla revoca, se ben si è inteso, anche BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 1015 ss., spec. p. 1025.

e precisamente comprendere se la qualificazione prospettata abbia ragion d'essere nel quadro funzionale entro cui si inserisce l'azione di classe, nonché se sia compatibile con le soluzioni positive adottate dal legislatore sul piano procedimentale.

Muovendosi nella prima direzione, la qualificazione proposta si dimostra assolutamente coerente con il controllo che il giudice deve compiere circa la sussistenza del conflitto di interessi, nonché riguardo all'adeguata rappresentatività del proponente.

Come già indicato nel precedente capitolo e come ancor meglio emergerà dall'esame specifico dei diversi requisiti di ammissibilità, quando il giudice individua nel proponente l'attore di classe, esercita un potere assimilabile a quello previsto dagli artt. 78 ss. c.p.c. o in via generale nei casi in cui spetta al giudice nominare curatori speciali in funzione di rappresentanza in giudizio; potere a cui si attribuisce pacificamente natura giurisdizionale-volontaria³⁶.

Per questa ragione, come torneremo ad evidenziare più avanti, appare assolutamente ragionevole ritenere revocabile l'ordinanza non solo per motivi sopravvenuti dai quali emerge la necessità di sostituire l'attore di classe, ma eventualmente anche sulla base di circostanze non prese in esame dal giudice, ma parimenti influenti in senso negativo sull'opportunità di lasciare al consumatore in origine individuato il monopolio nella conduzione del giudizio³⁷.

A ben vedere la qualificazione ora ribadita ha la sua ragion d'essere anche riguardo al requisito di identità.

³⁶ In riferimento all'artt. 78 ss., v., in particolare, SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, I, *Disposizioni generali*, Milano, 1959, p. 271; più in generale, riguardo alle altre ipotesi in cui spetta al giudice la nomina di curatori speciali con funzioni di rappresentanza in giudizio, v. CIVININI, M.G., *I procedimenti in camera di consiglio*, cit., p. 448 ss.

³⁷ In questo senso, v. in particolare MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., rispettivamente p. 1432 e p. 1469, che però, diversamente da quanto da noi sostenuto *infra* (§ 3.4.3.), non ritengono possibile la sostituzione dell'attore collettivo, sicché il giudizio si chiuderebbe in rito per inammissibilità o improcedibilità.

Come meglio vedremo nel prosieguo, alla sussistenza del requisito di identità va ricollegato l'interesse ad agire in forma collettiva, nel senso che proprio la sussistenza di questo particolare nesso relazionale tra i diritti soggettivi dei consumatori determina l'opportunità di dar luogo ad un accertamento giudiziale nelle forme dell'art. 140-*bis* c. cons.

La verifica di tale requisito va svolta in sede di giudizio di ammissibilità; successivamente le singole questioni, ritenute per l'appunto identiche, saranno oggetto di accertamento nel merito al fine di accogliere o meno la domanda di classe.

Tuttavia proprio l'importanza che questo requisito riveste all'interno del giudizio di classe, ovvero l'impatto che la sua sussistenza produce sulle modalità di soluzione giurisdizionale della controversia, rende opportuno, in conformità a quanto avviene nelle esperienze straniere³⁸, non escludere del tutto la possibilità di revocare o modificare l'ordinanza, soprattutto nel caso in cui l'insussistenza del nesso di identità emerga durante la fase di istruzione del giudizio o anche in sede di valutazione dell'appartenenza degli aderenti alla classe³⁹.

Anche nel giudizio individuale possono sussistere interferenze tra rito e merito. Tipico è il caso dei rapporti tra competenza e merito su cui tanto si è scritto; e a tal riguardo, sebbene all'interno di un quadro contrassegnato da una certa problematicità, si ritiene che la pronuncia sulla competenza non possa essere revocata anche quando, successivamente, dalla cognizione piena del merito emergano fatti che avrebbero condotto ad una soluzione diversa in punto di competenza⁴⁰.

Ciò significa che all'interno del giudizio individuale, nel mo-

³⁸ Cfr., ad es., FRCP 23 (C) (1) (C).

³⁹ Che quella ora indicata debba essere considerata una ipotesi eccezionale non v'è dubbio, in quanto, superata la fase di ammissibilità, il giudice deve entrare nel merito della questione identica e non si interessa della sussistenza del nesso che intercorre tra le diverse questioni appartenenti ai rapporti individuali. D'altro canto, tale eventualità non deve essere esclusa *a priori*.

⁴⁰ V., per tutti, PROTO PISANI, A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 26; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2010, p. 282 ss.

mento in cui la questione di competenza riceve soluzione formale, l'esigenza di certezza supera quella di accuratezza.

Nel giudizio di classe, invece, il quadro articolato delle finalità che è proprio del rimedio impone di accogliere una soluzione più elastica in riferimento al requisito di identità; da questo, infatti, dipendono la possibilità di agire in forma collettiva ed al contempo la giustizia stessa del procedimento, sicché non è possibile valutare come irrilevanti le circostanze che, emerse in una fase successiva del giudizio, possano influire sull'ammissibilità stessa⁴¹.

In altri termini, anche riguardo al requisito di identità il potere esercitato dal giudice nel giudizio di ammissibilità, più che essere diretto a risolvere stabilmente la questione, è volto a verificarne la sussistenza, ferma la possibilità di rivedere tale valutazione in ragione delle prevalenti esigenze di giustizia strettamente legate alla sussistenza del requisito⁴².

Discorso in parte diverso va fatto riguardo alla manifesta infondatezza, che, come meglio vedremo, costituisce una valutazione assolutamente *prima facie* della domanda che viene richiesta dal legislatore al solo scopo di evitare che si celebri il giudizio nei casi in cui la pretesa collettiva, sin da una sommaria valutazione degli atti, si riveli *in limine litis* priva di consistenza. A tal riguardo, una volta che il giudizio abbia superato la fase prelimi-

⁴¹ Sullo stretto legame che sussiste tra giustizia del processo collettivo e controllo del requisito di identità, v. *infra*, cap. IV, § 3.3.

⁴² Come è noto lo stesso istituto del giudicato civile costituisce un punto di equilibrio tra esigenze di giustizia ed esigenze di certezza. L'autorità di cosa giudicata, infatti, è assistita dalla preclusione del dedotto e del deducibile che impedisce di dare nuova rilevanza ai fatti preesistenti pur potenzialmente idonei a giustificare una diversa decisione nel merito ma non dedotti in giudizio. All'interno di ciascun grado di giudizio il regime assegnato alla sentenza non definitiva risponde alle stesse medesime esigenze, in quanto l'irrevocabilità della sentenza esclude una possibile revoca della medesima con conseguente consumazione del dovere decisorio giudiziale riguardo alla questione decisa. Nel giudizio di classe, il legislatore, inserendo la verifica dell'identità in un meccanismo di controllo a carattere giurisdizional-volontario dimostra la volontà di far prevalere sull'esigenza di certezza quella di giustizia, in quanto il dovere decisorio giudiziale sul punto non si consuma definitivamente con l'esercizio, ma può essere esercitato nuovamente nel caso in cui emergano circostanze non prese in considerazione ed idonee a rivedere la decisione assunta.

nare, un nuovo e successivo sindacato in punto di manifesta infondatezza ha poco significato, in quanto, oltrepassata tale soglia, il processo entra nel merito della causa con forme non sommarie ed una diversa valutazione della fondatezza della domanda deve prendere le forme della decisione definitiva di merito con piena efficacia vincolante.

In conclusione, dunque, l'esame dei requisiti da prendere in considerazione per decidere sull'ammissibilità della domanda conferma la natura giurisdizional-volontaria del giudizio e dei poteri attribuiti al giudice.

Nella stessa direzione depongono le regole procedurali.

L'ordinanza del collegio, infatti, è reclamabile davanti alla corte d'appello e successivamente non è soggetta a ricorso per cassazione⁴³.

È questa una scelta ben precisa operata dal legislatore allo scopo di non inserire la decisione sull'ammissibilità all'interno di una sequela procedimentale, che, attraverso le impugnazioni ed il controllo in cassazione, conduca alla stabilizzazione della soluzione resa sul punto.

Il significato di questa scelta è dimostrato *a contrario* dalle ipotesi normative in cui, nonostante si realizzino deroghe più o meno intense riguardo alle modalità di decisione di talune questioni pregiudiziali di rito, il legislatore ha ritenuto opportuno seguire la strada opposta rispetto a quella ora indicata.

Questo avviene, come noto, in materia di estinzione. In questo ambito, infatti, l'estinzione può essere dichiarata dallo stesso giudice istruttore con ordinanza, la quale, peraltro, attraverso il reclamo a cui è soggetta, si «trasforma» ad opera del collegio in

⁴³ Parte della dottrina ha ritenuto non revocabile l'ordinanza proprio sulla base della sua reclamabilità argomentando sulla base dell'art. 177 c.p.c.: cfr. BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1025 e 1029; riguardo al precedente articolo, TOMMASEO, F., *La partecipazione dei consumatori ai giudizi collettivi risarcitori (note sull'art. 140-bis del codice del consumo)*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, III, Napoli, 2010, p. 1835 ss., spec. p. 1848. L'applicazione diretta dell'art. 177 c.p.c. è invece esclusa da MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1469, che invoca i principi per limitare la revocabilità dell'ordinanza che ammette l'azione alle circostanze sopravvenute o non dedotte in precedenza.

sentenza nel caso di rigetto del reclamo e, come tale, soggiace ai mezzi ordinari di impugnazione pervenendo al finale controllo in cassazione e di conseguenza al giudicato formale⁴⁴.

Mutatis mutandis, discorso analogo può esser fatto per l'ordinanza che decide sulla competenza, visto che tale ordinanza è comunque ricorribile in cassazione nelle forme del regolamento.

La definitiva conferma di quanto osservato è offerta dalle indicazioni che giungono dal raffronto tra il giudizio di ammissibilità previsto dall'art. 140-*bis* c. cons. e l'omologo giudizio previsto dalla legge n. 117/88. Anche qui, infatti, l'ammissibilità è valutata all'interno di una fase del giudizio e non in un procedimento autonomo; tuttavia in questo ambito il legislatore, quando ha voluto che la decisione riguardante l'ammissibilità o meno della domanda non solo fosse immediatamente assunta, ma fosse anche idonea a stabilizzarsi, ha previsto non solo il reclamo, ma il successivo ricorso in cassazione⁴⁵.

Il reclamo che la parte può proporre avverso l'ordinanza di ammissibilità, costituisce dunque uno strumento per provocare l'esercizio da parte del giudice superiore degli stessi poteri giurisdizionali-volontari già esercitati dal tribunale ed ha il solo scopo di fornire al convenuto uno strumento rapido in grado di chiudere il giudizio di classe, ma senza dar luogo ad effetti preclusivi o stabilizzanti all'interno del giudizio di primo grado⁴⁶.

⁴⁴ Per approfondimenti, sulle diverse ipotesi che si possono venire a realizzare a tal riguardo, v. TURRONI, D., *La sentenza civile sul processo*, cit., p. 177 ss.

⁴⁵ Cfr. *retro*.

⁴⁶ Se, invece, si ritiene che la previsione di uno strumento di reclamo da esercitarsi entro un termine perentorio debba escludere la modificabilità o la revocabilità dell'ordinanza, occorre – poi – trarne le dovute conclusioni e confrontarsi con problemi interpretativi non facilmente risolvibili. Se, infatti, l'irrevocabilità dell'ordinanza comporta la formazione di una preclusione all'interno del giudizio di primo grado, ciò significa che il collegio, nel pronunciare l'ordinanza, consuma il suo potere-dovere decisorio riguardo a tale questione e la soluzione data con l'ordinanza viene recepita nella sentenza definitiva. Questa soluzione, come detto nel testo, è contraria alle esigenze del giudizio collettivo, ma in ogni caso apre il problema di comprendere come comportarsi in sede di impugnazione. Occorre, infatti, domandarsi se la soluzione data alla questione vincola solo il giudice di primo grado o se si sia propriamente formato un giudicato interno sul punto. Nel caso in cui, infatti, l'ammissibilità derivi da una pronuncia resa in sede di reclamo, cioè nel caso in cui la corte d'appello abbia confer-

2.5.3. In particolare riferimento all'ordinanza di inammissibilità

Passando all'ordinanza di inammissibilità, le conclusioni appena formulate vengono confermate dalla tesi prevalentemente sostenuta in dottrina riguardo alla precedente disciplina; tesi secondo cui l'ordinanza che non ammette l'azione non avrebbe contenuto decisorio o in ogni caso definitivo e la stessa non sarebbe soggetta a ricorso straordinario in cassazione⁴⁷.

mato l'ammissibilità della domanda già disposta dal tribunale oppure nel caso in cui la corte abbia riformato l'ordinanza negativa resa dal giudice di primo grado, l'opzione poc'anzi indicata, ovvero il ritenere che si formi un giudicato interno sul punto, non pare peregrina. Contestare in appello l'ammissibilità della domanda significherebbe, infatti, provocare una nuova pronuncia del giudice sovraordinato sulla questione già affrontata precedentemente in sede di reclamo. Tuttavia è evidente che la stabilità dell'ordinanza trova in questo modo di pensare il suo fondamento proprio nella possibilità di ottenere una pronuncia di riforma da parte del giudice superiore. Sarebbe, cioè, abbastanza singolare imporre l'irrevocabilità dell'ordinanza al tribunale e poi consentire al giudice d'appello di svincolarsi da quanto già affermato in sede di reclamo. Il problema si stempera se il reclamo non è stato proposto. Si potrebbe, infatti, ritenere che spetti alla parte decidere se provocare l'immediato riesame della questione con il reclamo o rinviare il discorso al momento della proposizione dell'appello. In ogni caso, se si ritiene che esperito il reclamo non sia poi possibile ottenere un riesame della questione in appello, allora anche la possibilità di portare la questione davanti alla Cassazione appare difficile e non a caso, la ricorribilità in cassazione per motivi attinenti all'ammissibilità del giudizio è stata autorevolmente esclusa: così, sebbene in riferimento alla prima versione dell'art. 140-bis c. cons., v. MENCHINI, S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, cit., p. 60; successivamente MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1489 ss. Diversamente, o si dovrebbe ammettere il ricorso straordinario avverso l'ordinanza che chiude il giudizio di reclamo (soluzione non prevista dal legislatore e, come detto, da noi ritenuta difficilmente praticabile), oppure si dovrebbe ritenere che le specifiche esigenze del giudizio di classe abbiano condotto ad una particolare disciplina secondo la quale il reclamo ha lo scopo di provocare una sorta di anticipazione *in parte qua* della decisione di secondo grado. Così, nel caso in cui la parte abbia proposto reclamo avverso l'ordinanza di ammissibilità senza ottenerne la riforma, non potrebbe censurare in appello la sentenza di primo grado deducendo l'inammissibilità della domanda, ma potrebbe poi impugnare la sentenza in cassazione riguardo, ad esempio, alla corretta interpretazione del requisito di identità.

⁴⁷ In questo senso, già in riferimento alla precedente formulazione dell'articolo, v. CAPONI, R., *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 848 ss. che giustamente osserva che il problema della successiva riproposizione della domanda dovrà essere risolto mediante un opportuno uso della condanna alle spese, come lo stesso comma 8 dell'art. 140-bis c. cons. suggerisce nel prevedere che «con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese, anche ai

Questa soluzione appare particolarmente corretta nel caso in cui l'inammissibilità derivi dall'inadeguata rappresentatività del proponente o da una situazione di conflitto di interessi. In queste ipotesi, infatti, la classe non ha esercitato correttamente il suo po-

sensi dell'art. 96 c.p.c.»; ancora sulla precedente norma, v. anche CARRATTA, A., *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 721 ss., p. 730; ID., *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 315 ss., p. 334 s., che giunge a queste conclusioni sulla base della forma del provvedimento, delle modalità della cognizione, nonché dei rimedi esperibili; CONSOLO, C., *Profili processuali generali, rito applicabile e fase preliminare del c.d. «filtro» giurisdizionale sull'ammissibilità dell'azione collettiva*, cit., p. 159 ss., secondo cui l'ordinanza di inammissibilità dà luogo ad una pronuncia decisoria sulla mera azione dell'ente esponenziale legittimato e non sui diritti sostanziali dei consumatori; MENCHINI, S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, cit., p. 59 s.; GIUSSANI, A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1227 ss., spec. p. 1231; TOMMASEO, F., *La partecipazione dei consumatori ai giudizi collettivi risarcitori*, cit., p. 1843. Sulla nuova norma, in questo senso, v. BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1028; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1466; GUERNELLI, M., *La nuova azione di classe: profili processuali*, cit., p. 923; PAGNI, I., *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, cit., p. 371; PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, cit., p. 254; RONCO, A., *L'azione di classe alla ribalta: l'egoismo necessario dell'attore*, in *Giur. it.*, 2011, p. 2605 ss., spec. p. 2610; ZUFFI, B., *La duplice débaçle subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di reclamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio per il dintiego dell'accesso agli atti della Banca d'Italia*, cit., p. 2615-2616; ID., *La corte d'appello di Torino riconosce all'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. esclusiva funzione condannatoria, respingendo i dubbi di costituzionalità avanzati in merito al c.d. filtro*, cit. p. 532 s., che, però, ritiene l'ordinanza di rigetto assistita da una portata preclusiva comprendente tanto il dedotto che il deducibile. In senso contrario, v. però COSTANTINO, G., *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 «bis» cod. consumo*, cit., p. 22; ID., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 1151; VIGORITI, V., *Class action e azione collettiva risarcitoria, La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 729 ss., spec. p. 751. Diversa la lettura offerta da DALFINO, D., *Oggetto del processo e del giudicato e altri profili connessi*, cit. p. 198, secondo cui l'ordinanza di inammissibilità non è idonea ad acquistare l'efficacia di giudicato in quanto solo la sentenza di rigetto o di accoglimento nel merito «fa stato» nei confronti delle parti e degli aderenti, tuttavia, da un lato, l'ordinanza non reclamata dà luogo ad una preclusione all'interno del processo e, dall'altro, l'ordinanza di inammissibilità possiede una efficacia preclusiva riguardante le successive azioni tra le stesse parti fondate sulle medesime ragioni di fatto o di diritto.

tere di azione, cioè, più precisamente, l'attività processuale posta in essere dal proponente non è riconducibile alla classe.

Il discorso potrebbe apparire più delicato riguardo agli altri requisiti previsti.

Se, ad esempio, manca il requisito di identità ciò vuol dire che riguardo a quel tipo di contenzioso non è possibile procedere *ex art. 140-bis c. cons.*

Questo tipo di pronuncia, specie se letta sulla base di una erronea interpretazione del comma 15, potrebbe ritenersi preclusiva di un nuovo giudizio di classe; tuttavia, come vedremo a tempo debito⁴⁸, l'effetto consumativo del potere di azione si produce solo con l'accertamento nel merito dei diritti individuali omogenei appartenenti ai consumatori della classe, per cui, *a fortiori*, tale effetto non si produce nemmeno a seguito della dichiarazione di inammissibilità per difetto del requisito di identità.

Riguardo, invece, al requisito di manifesta infondatezza, si potrebbe ritenere che l'ordinanza che non ammette la domanda in quanto manifestamente infondata sia assimilabile ad una pronuncia di merito dichiarativa dell'inesistenza dei diritti individuali dei consumatori ed in quanto tale produttiva degli effetti previsti dal comma 14 dell'articolo.

Tuttavia, questa interpretazione non appare percorribile per diverse ragioni.

In primo luogo, che l'ordinanza di inammissibilità per manifesta infondatezza possa avere effetti di giudicato nei confronti degli aderenti è escluso dalla stessa legge al comma 15, laddove è previsto che i diritti degli aderenti sono fatti salvi nel caso di «chiusura anticipata del processo».

La conferma deriva poi dal fatto che legge non ammette, al contrario di quanto previsto dalla l. n. 117/88, il ricorso in cassazione avverso l'ordinanza di inammissibilità resa dalla corte d'appello. Inoltre, se l'ordinanza dovesse avere effetti di accertamento nei confronti dei consumatori, il giudice dovrebbe anche valutare l'appartenenza alla classe dei consumatori che eventual-

⁴⁸ Cfr. *infra*, cap. V, § 4.

mente avessero già aderito all'azione. Tuttavia l'ipotesi ora indicata è di certo peregrina in quanto la legge indica chiaramente che ciò può avvenire solo dopo che e nel caso in cui venga pronunciata l'ordinanza che ammette l'azione con la contestuale indicazione dei criteri in base ai quali valutare l'appartenenza.

Ciò significa che l'azione produce effetti di accertamento solo nel caso in cui la domanda sia ammessa e non nell'altra ipotesi.

A ciò va aggiunto che anche l'ordinanza che non ammette la domanda per manifesta infondatezza, come ugualmente quella che si basa sull'insussistenza del requisito di identità, possono produrre qualsivoglia effetto nei confronti della classe (sia consumativo del potere di azione che di accertamento) solo dopo che il giudice abbia positivamente accertato l'assenza di conflitto di interessi e l'adeguata rappresentatività del proponente. Solo in tal caso, infatti, l'attività processuale del consumatore proponente e gli effetti che da questa derivano possono essere imputati alla classe stessa. Non prima.

Sicché, qualora si volesse ricollegare una qualunque efficacia preclusiva alla dichiarazione di inammissibilità della domanda, si dovrebbe anche ritenere che il giudice sia tenuto in primo luogo a verificare l'attendibilità del rappresentante ideologico, ma la lettera della legge chiarisce che il giudice può dichiarare inammissibile la domanda per qualunque ragione di inammissibilità senza dover seguire un dato ordine nella soluzione delle questioni, sicché anche per questa strada risulta confermata la natura non decisoria, ma giurisdizional-volontaria dell'ordinanza che decide dell'ammissibilità.

3. *Le condizioni di ammissibilità della domanda di classe*

3.1. *In generale*

Come già emerso dal dibattito attorno alla precedente versione dell'art. 140-*bis* c. cons., particolare importanza spetta all'esame dei requisiti di ammissibilità dell'azione.

La norma, come visto poc'anzi, li disciplina in senso negativo, ovvero è stata scritta nella prospettiva della dichiarazione di inammissibilità. Volti al positivo, cioè intesi come requisiti che devono sussistere affinché si possa procedere in forma collettiva sono i seguenti: *a)* la non manifesta infondatezza della domanda, *b)* l'insussistenza di un conflitto di interessi, *c)* l'identità dei diritti individuali dei consumatori ed infine *d)* l'idoneità del proponente a curare adeguatamente la classe; requisito, quest'ultimo, che per tradizione è sinteticamente definito adeguata rappresentatività.

Il requisito di identità costituisce, come meglio vedremo, il perno attorno cui ruota il nuovo strumento collettivo in quanto alla sua sussistenza è legata l'*utilità* di procedere in forma collettiva; più precisamente, i diritti indicati dal comma 2 del nuovo art. 140-*bis* c. cons. possono essere fatti valere in forma rappresentativa solo se sono identici⁴⁹. Ciò significa che se c'è identità, c'è il potere di azione di classe, ovvero un potere giuridico in titolarità alla classe stessa e teso ad instaurare un processo dichiarativo speciale volto all'accertamento dei diritti dei consumatori appartenenti alla classe che hanno aderito all'azione.

Se c'è l'identità, c'è la classe e se c'è la classe si può procedere con le forme previste dall'art. 140-*bis* c. cons. Solo successivamente si pone il problema di determinare chi può condurre il giudizio in forma rappresentativa.

Questo obiettivo è raggiunto mediante il sindacato di adeguata rappresentatività, nonché verificando l'assenza di conflitto di interessi; queste due condizioni attengono, dunque, non alla sussistenza del potere, ma al suo corretto esercizio.

Il requisito di manifesta infondatezza, invece, in bilico tra rito e merito poiché funzionale ad una pronuncia di mera inammissibilità, è il più sfuggente sul piano dogmatico e la sua funzione, come vedremo, chiara in astratto, può divenire in concreto meno nitida per una pluralità di ragioni.

⁴⁹ V. *infra*, cap. IV e V.

In riferimento a tutte le condizioni di ammissibilità ora indicate, l'onere della prova ricade sul proponente, sebbene, ovviamente, non è detto che il convenuto contesti la ricorrenza di tutti i requisiti di ammissibilità.

Va inoltre precisato che la funzione del filtro preliminare previsto dall'art. 140-*bis* c. cons. ha rilievo senz'altro pubblicitario per le considerazioni poc'anzi indicate. Dalla decisione sull'ammissibilità dipendono, infatti, le sorti non solo dell'attore e del convenuto, ma anche la sorte dei consumatori che hanno già aderito, nonché di quelli che vorranno aderire successivamente. E talora i rischi più delicati ricorrono non quando l'azione di classe non sia ammessa, ma quando venga ammessa in condizioni poco favorevoli per la classe, come sicuramente accade nel caso in cui il tribunale autorizzi a procedere con le forme previste all'art. 140-*bis* c. cons. sotto la conduzione di un consumatore inadeguatamente rappresentativo oppure in conflitto di interessi. Per il convenuto queste situazioni possono essere convenienti e la non contestazione del convenuto potrebbe essere il risultato di una strategia processuale volta ad avvantaggiarsene a danno della classe, sicché il giudice non può sentirsi sollevato dal dover raggiungere un adeguato convincimento circa la sussistenza delle condizioni in questione.

Si realizza, insomma, una situazione simile a quella che comunemente la dottrina ritiene si verifichi nei giudizi aventi ad oggetto diritti non disponibili⁵⁰; come è naturale che sia vista la configurazione dogmatica del potere di classe che sta emergendo in queste pagine, ovvero come un potere che non spetta in via esclusiva al consumatore proponente, ma riguarda la classe⁵¹.

⁵⁰ Sul punto, v. PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2010, p. 408 s.

⁵¹ Sul punto, per tutti, v. BOVE, M., *La trattazione nel processo di classe*, cit., p. 94 ss., secondo cui «l'attore collettivo non ha il potere di disporre dei diritti degli aderenti, come, del resto emerge chiaramente dal comma 15 dell'art. 140-*bis* e dall'art. del d.lg. n. 28 del 2010, in virtù dei quali l'eventuale transazione stipulata dall'attore di classe vincola solo gli aderenti che vi abbiano espressamente consentito, evidente-

Sempre in chiave generale ed introduttiva, va detto che alcuni requisiti vanno valutati allo stato degli atti ed in particolare il requisito di manifesta infondatezza, altri, invece, a seconda della complessità della fattispecie, non possono non dar luogo ad attività istruttoria. Si pensi, in primo luogo al requisito di identità.

Proponendo in forma semplificata un ragionamento che riprenderemo nel prossimo capitolo, la sussistenza del requisito d'identità a voler essere rigorosi può essere attestata con certezza solo dopo aver accertato tutti i diritti dei consumatori appartenenti alla classe.

In altri termini, il requisito d'identità postula una operazione comparativa tra i diritti dei consumatori. Ma come procedere a tale comparazione prima di avere cognizione certa degli elementi da comparare?

Ecco, allora, che a tal riguardo il giudice dovrà formulare un giudizio prognostico sulla base di elementi probatori attinenti al merito sebbene non nella prospettiva della fondatezza della domanda, ma in quella della determinazione della sussistenza di una classe di consumatori accomunati tutti dalla medesima situazione, ovvero nella prospettiva della soluzione di una questione di rito, che costituisce un presupposto speciale dell'azione collettiva *ex art. 140-bis c. cons.*

Proseguendo ancora in funzione introduttiva, va inoltre evidenziato che taluni requisiti sono riferiti alla figura del proponente: il conflitto di interessi e l'adeguata rappresentatività.

mente egli non può confessare e non contestare con le stesse conseguenze di cui, rispettivamente, agli artt. 2733, 2° comma, c.c. e 115, 1° comma, c.p.c. in riferimento ai diritti degli aderenti». Muovendo da queste premesse l'autorevole dottrina richiamata ritiene che la non contestazione possa essere valutata come argomento di prova e che la confessione da parte del proponente debba essere ritenuta liberamente apprezzabile o vincolante solo ai fini della propria pretesa individuale; cfr. anche CAPONI, R., *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 832; ID., *Il nuovo volto della class action*, cit., p. 385, secondo cui l'attore mandatario può compiere tutti gli atti che non presuppongono la capacità di disporre dei diritti oggetto della controversia e, salvo patto contrario, può rinunciare agli atti del processo senza previa autorizzazione, ma, di contro, non può prestare acquiescenza alla sentenza di merito di rigetto senza preannunciarsi dell'assenso degli aderenti.

Da tale circostanza derivano talune conseguenze.

In primo luogo la verifica di questi due requisiti talora tende a confondersi, in quanto la loro funzione è simile, cioè garantire che la voce del proponente sia quella della classe, ovvero, fuori da un linguaggio figurato, garantire che la condotta processuale del proponente sia volta a vantaggio dei consumatori appartenenti alla classe.

In secondo luogo, come è naturale che sia, queste due condizioni non costituiscono semplicemente delle condizioni di accesso al giudizio, ma costituiscono delle condizioni che *devono sussistere durante tutto il corso del giudizio*⁵².

In terzo luogo, per la funzione che spetta a questi due requisiti, nel controllo circa la loro sussistenza o insussistenza, si deve tener conto del particolare regime di legittimazione previsto dal nuovo art. 140-*bis* c. cons.

Nell'attuale formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons. il consumatore «componente della classe» è colui a cui spetta la posizione giuridica di proponente ed è colui che, riconosciuto adeguatamente rappresentativo e privo di conflitti di interesse, diviene l'attore di classe, l'attore collettivo.

Tuttavia, il consumatore può – dice la norma – agire «anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa», con la conseguenza che, in tal caso, il sindacato sull'adeguata rappresentatività, nonché la verifica circa l'insussistenza di un conflitto di interessi devono essere condotti tenendo conto di tali circostanze, ovvero del fatto che in concreto l'attività propulsiva del giudizio non spetterà al singolo consumatore.

Va inoltre precisato che oltre alle condizioni di ammissibilità appena indicate, ve ne sono altre che devono essere intese come implicite, in quanto necessariamente appartenenti al sindacato giudiziale sull'esercizio dell'azione collettiva ed in particolare al controllo sulla sussistenza dell'interesse ad agire in forma rappresentativa *ex* art. 140-*bis* c. cons.

⁵² Cfr. *infra*, § 3.4.3.

3.2. *Le condizioni di ammissibilità esplicite*

3.2.1. *La manifesta infondatezza della domanda*

Delle diverse condizioni di ammissibilità dell'azione di classe, il sindacato di manifesta infondatezza costituisce uno dei punti di contatto più significativi con le precedenti fattispecie previste nel nostro ordinamento ed esaminate poc'anzi⁵³.

Come in quelle ipotesi, infatti, anche qui il legislatore, nell'impedire la celebrazione stessa del procedimento nei casi in cui la domanda si palesi sin da una prima ricognizione manifestamente priva di fondamento giuridico, vuole evitare che lo svolgimento del processo e la conseguente pubblicizzazione dell'iniziativa giudiziaria intrapresa possano arrecare pregiudizio agli interessi commerciali del convenuto⁵⁴.

Nella sua accezione più ristretta e piana la manifesta infondatezza dovrebbe essere intesa come una dichiarazione di insussistenza della pretesa collettiva.

Il tenore letterale della norma, inoltre, indica chiaramente la volontà del legislatore che tale vaglio sia condotto mediante una verifica del merito della causa operata sulla sola valutazione degli atti⁵⁵.

⁵³ Cfr. *retro*, § 2.

⁵⁴ Solo in riferimento al requisito di manifesta infondatezza, possono condividersi le osservazioni della dottrina che ha ricollegato il giudizio di ammissibilità allo scopo di evitare un esercizio abusivo del diritto di azione: cfr. CAPONI, R., *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 834; PALMIERI, A., *Campo di applicazione, legittimazione ad agire e vaglio di ammissibilità*, in *Foro it.*, 2008, p. 185 ss., spec. p. 190.

⁵⁵ «Il giudizio di manifesta infondatezza nel merito della domanda come proposta non deve essere confuso con una anticipazione della sentenza, né come una preistruttoria: come in tutti i casi in cui la legge richiede un giudizio di “non manifesta infondatezza”, sarà sufficiente accertare il fumus della pretesa attorea. Poiché il relativo accertamento deve essere compiuto *in limine litis*, e quindi in una fase in cui le parti non hanno ancora consumato il potere di produrre documenti e chiedere mezzi di prova (ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c.), il giudizio sulla non manifesta infondatezza riguarderà di norma la prospettazione in diritto posta a fondamento della pretesa, non la veridicità dei fatti costitutivi di essa, a meno che quest'ultima non sia di per sé ragionevolmente esclusa dalle prove allegate agli atti introduttivi del giudizio».

Per essere «manifesta», infatti, l'infondatezza deve emergere *ex sé*, cioè senza bisogno di un'attività istruttoria volta a reperire informazioni ed elementi ulteriori rispetto a quelli risultanti dagli atti⁵⁶.

Per queste stesse ragioni l'azione di classe non deve essere ammessa solo quando l'ipotesi formulata nel merito dall'attore appaia verosimile, in quanto non occorre andare alla ricerca di qualcosa di sussistente in positivo e del quale occorre convincere il giudice in questa fase del processo⁵⁷, ma più correttamente di

così, la *Relazione* dell'Ufficio del Massimario della Corte suprema di Cassazione n. 16 del 9 febbraio 2009, in *www.cortedicassazione.it*, p. 26 s. In dottrina, v. CONSOLO, C., *Profili processuali generali, rito applicabile e fase preliminare del c.d. «filtro» giurisdizionale sull'ammissibilità dell'azione collettiva*, cit., p. 156, secondo cui il tribunale deve procedere ad una mera prognosi *in iure* della domanda; GUERNELLI, M., *La nuova azione di classe: profili processuali*, cit., p. 924. Una valutazione siffatta spetta solo al requisito di manifesta infondatezza e non in riferimento agli altri requisiti, rispetto ai quali la verifica può dar luogo ad atti di istruzione secondo le regole previste dal comma 11 dell'articolo.

⁵⁶ Nonostante venga evidenziato il carattere manifesto che accompagna l'infondatezza, sembra suggerire una valutazione più approfondita del merito della causa MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1452 ss. Quest'Autore, infatti, aderisce all'impostazione seguita da Vaccarella riguardo all'analoga previsione contenuta nel giudizio di responsabilità dei magistrati (cfr. *retro*, § 2) e così ritiene che la domanda debba essere valutata come manifestamente infondata quando, secondo una valutazione *a priori*, risulta che qualunque attività istruttoria sarebbe comunque inidonea a provare la fondatezza della medesima. D'altro canto, però, afferma che l'infondatezza della domanda debba essere dichiarata quando non sono adeguatamente provati i fatti allegati o, esemplificando, non risulta provata la stipula di una pluralità di contratti, aggiungendo anche che «in tale fase ben può compiersi attività istruttoria, ma questa, in concreto, avrà corso in casi sporadici e, comunque, sarà assai limitata»; situazione, quest'ultima indicata, che si potrebbe verificare quando l'attore non produca alcun documento, ma chieda al giudice il compimento di atti necessari per provare la non manifesta infondatezza.

⁵⁷ Come, ad esempio, poteva ritenersi in relazione alla domanda *ex art. 274 c.c.*, rispetto alla quale, stando alla legge, occorre verificare la sussistenza di «circostanze tali da farla apparire giustificata». E difatti autorevole dottrina a tal proposito ha ritenuto che il fatto biologico della filiazione dovesse essere accertato «in termini di probabilità»; così, TOMMASEO, F., *Sull'autonomia del giudizio di ammissibilità nel reclamo di stato di figlio naturale*, cit., p. 244; cfr. anche Cass., 9 febbraio 1981, n. 793, in *Foro it.*, 1981, I, p. 1296; *contra*, Cass., 5 marzo 1982, n. 1379, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2465, secondo cui «l'ammissibilità dell'azione deve essere negata soltanto qualora, in

un elemento negativo immediatamente visibile che si pone come ostacolo tra la proposizione della domanda e la prosecuzione del giudizio⁵⁸.

D'altro canto, nessuna delle legislazioni ispirate al modello della *class action* statunitense prevede che l'ammissibilità dell'azione di classe sia subordinata ad una prova di probabile fondatezza della domanda⁵⁹.

Questa questione, peraltro, risulta complicata dal fatto che per la verifica delle ulteriori condizioni di ammissibilità ed in particolare del requisito di «identità» appare in taluni casi illusorio pensare che il giudice possa pronunciarsi sull'ammissibilità della domanda senza essere libero di acquisire ulteriori elementi di convincimento, sicché, in tale ipotesi, bisogna chiedersi se i risultati ottenuti riguardo alla sussistenza degli altri requisiti pos-

mancanza di un qualunque serio concreto elemento che possa essere posto in correlazione con l'asserito concepimento del figlio naturale, esso si dimostri, *prima facie*, palesemente infondata, avventata o temeraria». Ad un'«indagine *ictu oculi*» si riferisce BASILICO, G., *Il decreto di ammissibilità dell'azione di cui all'art. 274 c.c.*, cit., p. 78.

⁵⁸ Cfr. GIUSSANI, A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1239 s., che suggerisce la totale disapplicazione della norma per effetto di una interpretazione costituzionalmente orientata. Cfr. sul punto anche la nota che segue, nonché, più in generale, *retro*, nota 21.

⁵⁹ Fondamentale, a tal proposito, è il noto precedente *Eisen v. Carlisle and Jacquelin*, 417 US 156, 177, secondo cui «nothing in either the language or history of Rule 23 [...] gives a court any authority to conduct a preliminary inquiry into the merits of a suit [...] to determine [...] it [...] may be maintained as a class action». Cfr. anche, sul punto, le osservazioni di MILLER, A.R., *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality and The «Class Action Problem»*, 92 *Harv. L. Rev.* 664 (1979). Su questa linea, aspra critica è stata mossa alla previsione della manifesta infondatezza da parte di GIUSSANI, A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1239 s.; ID., *Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 465 ss., spec. p. 472, che rimarca con forza i dubbi di costituzionalità della norma. Peraltro, va per completezza osservato che il *Transnational Group Actions, Report and Draft Resolution*, presentato alla Conferenza dell'ILA di Rio de Janeiro, 17-21 agosto 2008, prevede tra le *guidelines* proposte in materia di ammissibilità dell'azione collettiva, che «The tribunal may require the claimant to show that their action has a reasonable prospect of success»; aggiungendo di seguito che «To evaluate the prospect of success on the merits, the standard of proof in less burdensome than for establishment of the claim itself in trial, but is more onerous than a simple factual presentation».

sano essere impiegati per la dichiarazione di manifesta infondatezza.

Probabilmente la soluzione più corretta in questo caso sarà quella di ammettere – sempre che ricorrano gli altri presupposti – la domanda, per poi dichiararla infondata con una sentenza efficace ad ogni effetto ai sensi dell'art. 2909 c.c. e definitivamente preclusiva di ulteriori iniziative di classe.

3.2.2. *L'«identità» dei diritti individuali dei consumatori*

La vera funzione del giudizio di ammissibilità previsto dall'art. 140-*bis* c. cons. si apprezza, peraltro, con l'esame delle altre condizioni di ammissibilità della domanda e, primo fra tutti, il requisito di identità che deve intercorrere tra i diritti individuali dei consumatori.

Solo chiarendo tale requisito, infatti, si possono poi compiutamente intendere i significati ed il valore precettivo del resto della disposizione nella parte in cui sposta l'attenzione sul proponente sia riguardo al problema del conflitto di interessi, sia riguardo alla sua capacità di tutelare adeguatamente l'interesse della classe.

È difatti la sussistenza del requisito di identità che consente la trattazione e decisione in forma collettiva delle diverse pretese, garantendo, da un lato, il conseguimento di risultati positivi in termini di efficienza ed economia processuali e, dall'altro, una tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori nel rispetto dei diritti di azione e di difesa costituzionalmente garantiti alle parti.

D'altro canto l'operazione interpretativa volta a determinare la nozione normativa di «identità» prevista dall'art. 140-*bis* c. cons. non solo è essenziale per la comprensione del nuovo strumento, ma è anche piuttosto complessa.

Nel prossimo capitolo, in cui questa è oggetto di approfondimento, sarà rilevato che nonostante il dato letterale di taluni passi della norma, la determinazione del concetto normativo di «identità» va necessariamente ricavata dal complesso della disciplina dell'azione di classe.

In particolare sulla base del primo comma dell'art. 140-*bis* c. cons., nella parte in cui è indicata la funzione del rimedio, ovvero quella di tutelare i «diritti individuali omogenei» mediante «l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni», nonché sulla base del comma 12, riguardante il contenuto della decisione di accoglimento, secondo cui «il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'art. 1226 c.c., le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme».

Queste disposizioni indicano che il rimedio tutela diritti che:

a) hanno un contenuto risarcitorio o restitutorio;
b) appartengono alle categorie previste dal comma 2 dell'art. 140-*bis* c. cons. e cioè sono:

b1) diritti derivanti dall'applicazione della medesima clausola contrattuale contenuta nelle clausole generali di contratto *ex* art. 1341 c.c. o nei moduli o formulari predisposti dal legislatore per disciplinare uniformemente i rapporti con i consumatori;

b2) diritti derivanti da illeciti contrattuali posti in essere nei confronti dei consumatori in maniera reiterata e uniforme, ovvero tali da essere apprezzati in una dimensione unitaria ed omogenea;

b3) diritti derivanti dall'utilizzo dello stesso tipo di prodotto;

b4) diritti derivanti dalla stessa pratica commerciale scorretta;

b5) diritti derivanti dallo stesso comportamento anticoncorrenziale.

c) sono «omogenei», ovvero:

c1) la loro fattispecie causale ha una *parte comune*, ovvero «identica», ed, eventualmente, una *parte differenziata*;

c2) la *parte comune* deve coprire *almeno* le questioni giuridiche in fatto e in diritto sulla base delle quali è dato accertare la responsabilità della parte imprenditoriale⁶⁰;

c3) la *parte differenziata*, come detto eventuale, può coprire tutto l'arco delle questioni da cui dipende l'estensione della re-

⁶⁰ V. *infra*, cap. V, § 3.2.

sponsabilità, ovvero le questioni da cui dipende la determinazione del *quantum* dovuto.

Se ricorrono queste tre condizioni ed in particolare l'ultima, che costituisce più propriamente la condizione di «identità», mentre le altre riguardano l'ambito di applicazione del rimedio, allora la tutela di classe è ammissibile.

Accertata la sussistenza del requisito di identità, occorrerà poi:

a) valutare se sulla base della situazione concreta è possibile limitare la pronuncia ad una sentenza di mero accertamento della responsabilità, oppure, nel caso in cui il merito fosse accertato favorevolmente alla classe, provvedere ad una condanna definitiva al pagamento delle somme⁶¹;

b) specie nel caso in cui si debba limitare la pronuncia ad un mero accertamento della responsabilità, valutare se questa è utile alla classe⁶²;

c) determinare con esattezza la classe ed indicare i criteri che verranno adottati in sede di controllo sull'appartenenza alla classe degli aderenti⁶³.

Va precisato sin d'ora che il requisito di identità non va inteso come un valutazione di merito della domanda, ma solo come un sindacato di rito volto a verificare che sussista un particolare nesso tra le questioni che appartengono ai diversi diritti della classe. Solo successivamente, verificata la sussistenza di tale requisito, quelle stesse questioni saranno valutate nel merito, cioè risolte in ordine all'accertamento positivo o negativo dei diritti soggettivi dei consumatori⁶⁴.

⁶¹ Cfr. *infra*, capp. IV e V.

⁶² Cfr. *infra*, § 3.3.1.1.

⁶³ Cfr. *infra*, cap. V, §§ 2.2. e 4.

⁶⁴ Di diverso avviso è GUERNELLI, M., *La nuova azione di classe: profili processuali*, cit., p. 924, secondo cui «l'elemento di merito è pure presente nella necessità di ravvisare l'identità dei diritti tutelabili, o meglio della loro pluralità, serialità, omogeneità, "isomorfismo" nei termini già tratteggiati, che però si risolverà in una valutazione di stretta legalità, attraverso una qualificazione giuridica dei fatti prospettati, compiuta nella domanda». Sulle difficoltà di rilevazione del rapporto di identità anche in relazione all'accertamento del fatto, v. *infra*, cap. IV, § 3.3.

3.2.3. *Il conflitto di interessi*

Solo dopo aver chiarito la funzione specifica che spetta al requisito di identità è possibile esaminare i due ulteriori requisiti riguardanti il consumatore proponente: l'assenza di un conflitto di interessi e la sua capacità di curare adeguatamente l'interesse della classe.

Per quanto riguarda il primo profilo, la legge afferma genericamente che la domanda deve essere dichiarata inammissibile «quando sussiste un conflitto di interessi» e non indica espressamente a chi debba essere riferito tale stato di cose.

Tuttavia è evidente che il conflitto di interessi ostativo alla prosecuzione dell'azione di classe è quel conflitto di interessi tale da falsare l'ordinario funzionamento del rimedio e più precisamente la condotta processuale dei soggetti a cui spetta in concreto tutelare l'interesse della classe e, dunque, *in primis* il consumatore proponente o eventualmente l'associazione consumeristica a cui è stato dato mandato ad agire.

Ovviamente il conflitto di interessi ricorre non solo quando c'è il rischio che il comportamento processuale della parte sia propriamente collusivo⁶⁵, ovvero dolosamente a danno della classe, ma anche nelle altre situazioni tali da disallineare l'interesse della parte rappresentativa rispetto all'interesse della classe⁶⁶.

Questo avviene, in primo luogo, quando la situazione nella quale versa il proponente non sia «identica» a quella della classe, cioè, più precisamente, tale situazione non sia *tipicamente* rappresentativa di quella in cui versano gli altri consumatori appartenenti alla classe. Leggendo il primo comma dell'art. 140-*bis* c.

⁶⁵ Cfr. MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-A., MOTTO, *Art. 140-bis c. cons.*, § 4, secondo cui la previsione ha lo scopo di impedire lo svolgimento di cause strumentali o ancor peggio fondate sulla collusione tra attore e convenuto.

⁶⁶ La nozione di «conflitto di interessi» appartiene tipicamente alla figura della rappresentanza, come ad esempio testimonia in generale l'art. 1394 c.c. che prevede il conflitto di interessi come una causa tipica di annullamento del contratto concluso dal rappresentante. Cfr. poi gli artt. 320, 347, 394, 1394, 1395, 2368, 2373, 2475-*ter*, 2629-*bis*; nonché nel c.p.c. gli artt. 78 e 144.

cons., infatti, è previsto che il proponente debba essere *a)* un consumatore e, oltre a questo, *b)* un «componente della classe».

In altri termini, può ben verificarsi che sussista la possibilità di configurare una classe di consumatori accomunati tutti dalla medesima situazione sostanziale, ma ciononostante sia la posizione del proponente a non coincidere con quella della classe, ragion per cui l'interesse del primo potrebbe entrare in conflitto con quello della seconda⁶⁷.

È la situazione disciplinata dalla *rule 23 (a) (3)*, che, secondo l'interpretazione giurisprudenziale prevalente, impone un controllo comparativo come quello indicato poc'anzi al fine di verificare che le pretese o le difese dell'attore siano «tipiche» rispetto alle pretese o le difese della classe⁶⁸.

⁶⁷ Cfr. ad esempio il caso risolto da T. Torino, 4 giugno 2010, in *Foro it.*, 2010, I, p. 2523, con nota di A.D. De Santis; in *Nuova giur. comm.*, 2010, I, p. 869, con nota di LIBERTINI, M.-MAUGERI, M., *Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*; in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1487 ss., con nota di RUGGERI, E., *È inammissibile la prima class action risarcitoria proposta in Italia*; in *Giur it.*, 2010, con nota di RONCO, A., *L'azione di classe alla ribalta: l'egoismo necessario dell'attore*, nonché ZUFFI, B., *La duplice débacle subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di reclamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio per il diniego dell'accesso agli atti della Banca d'Italia*; in *Guida dir.*, 2010, fasc. 27, p. 18 ss., con nota di GIUSSANI, A., *Inammissibile l'azione contro la banca se la clausola non è applicata al ricorrente*; v. anche la nota di commento di COSTANTINO, G.-CONSOLO, C., *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 985 ss.; nonché MENCHINI, S., *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo*, in *www.judicium.it*. Un'impostazione simile a quella seguita nell'ordinanza del Tribunale di Torino poc'anzi indicata la si riscontra in T. Roma, 25 marzo 2011, in *Foro it.*, 2011, fasc. 4, *Anticipazioni e novità*, p. 20 s. Per approfondimenti, v. *infra*, § 3.3.2.2.

⁶⁸ Cfr. KLONOFF, R.H., *Class actions and Other Multi-Party Litigation*, St. Paul (Minn), 2007, p. 46, che peraltro evidenzia anche l'incertezza che più in generale si è venuta a realizzare circa il significato del prerequisito in questione, visto, che, nell'assenza di alcun criterio interpretativo offerto dalle stesse *Notes dell'Advisory Committee* all'emendamento del 1966, la *typicality* è stata intesa come priva di significato, oppure sostanzialmente coincidente con altre condizioni di ammissibilità dell'azione collettiva, quali la *commonality*, l'*adequacy of representation*, o altre. Per ulteriori approfondimenti al riguardo, v. CONTE, A.-NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, Fourth edition, 2002, §§ 3:14 ss.; MULHERON, R., *The Class action in Common Law Legal System, A Comparative Perspective*, Oxford, 2004, p. 310 ss.

Va aggiunto, peraltro, che, come talune legislazioni canadesi precisano espressamente⁶⁹, il problema del conflitto di interessi nei termini in cui è ora affrontato, rileva solo in riferimento alle questioni che vengono accertate nel giudizio di classe sotto il controllo e l'impulso della parte rappresentativa, cioè – per l'apunto – riguardo alle questioni comuni.

Non rileva, invece, il fatto che la situazione sostanziale appartenente all'attore collettivo si diversifichi dalle altre posizioni riguardo alle questioni che non rientrano nel giudizio di classe. In questo caso, infatti, non si realizza nessun conflitto di interessi in quanto spetterà ai successivi giudizi individuali provvedere all'accertamento delle questioni personali su domanda ed impulso dei diretti interessati. Semmai, il problema potrebbe porsi, come vedremo nel prosieguo⁷⁰, qualora si ritenesse possibile creare all'interno di un giudizio di classe due o più sottoclassi per specifici gruppi di questioni comuni. In questa ipotesi, infatti, il problema del conflitto di interessi riemergerebbe in riferimento alla questione non comune.

Altre ipotesi di conflitto di interessi possono venirsi a verificare a seguito di vicende che più direttamente riguardano la situazione sostanziale del proponente, specie dopo l'ammissibilità dell'azione; ed occorre a tal proposito verificare quali rimedi possano essere impiegati per far fronte a tali situazioni di stallo⁷¹.

⁶⁹ Sul piano comparatistico si può osservare che talune legislazioni – ad esempio la statunitense – non prevedono espressamente il requisito dell'assenza di conflitto di interessi, ma prevedono il requisito di *typicality*. È naturale, allora, che i conflitti di interesse che trovano fondamento in una difformità della situazione sostanziale del proponente rispetto a quella della classe siano risolti mediante tale riscontro, mentre i conflitti di interesse di natura collusiva siano valutati sul piano dell'*adequacy of representation*; per approfondimenti, v. MULHERON, R., *The Class action in Common Law Legal System, A Comparative Perspective*, cit., p. 276 ss. Nell'art. 140-bis c. cons., come vedremo *infra* nel testo, le situazioni del primo tipo possono rientrare tanto nella valutazione di conflitto di interessi, quanto in quella dell'adeguata rappresentatività.

⁷⁰ Cfr. cap. V, § 2.3.

⁷¹ V. *infra*, § 3.4.3.

3.2.4. *L'adeguata rappresentatività*

3.2.4.1. *La funzione*

Dalle osservazioni sinora svolte emerge chiaramente come la verifica riguardante la sussistenza di una situazione di conflitto di interessi in capo al proponente può essere contigua alla distinta verifica che al contrario investe la sua idoneità a tutelare adeguatamente l'interesse della classe⁷².

Dimostrazione ne è l'esperienza statunitense, nella quale, mancando la richiesta che il proponente sia in conflitto di interessi, la questione, a seconda di come viene a prospettarsi in concreto, è valutata nel sindacato sulla *typicality*, ovvero anche nel controllo della *commonality* o – per l'appunto – dell'*adequacy of representation*⁷³. E non a caso la Corte suprema, nel noto caso *Amchem*, ha ammesso la possibilità che i tre requisiti appena indicati possano sovente confondersi nel tentativo di verificare l'ammissibilità dell'azione collettiva⁷⁴.

Di certo, il conflitto di interessi, se inteso anche nei termini indicati precedentemente, ovvero ritenendo che possa sorgere anche da una relazione di difformità tra la domanda di classe e la situazione sostanziale del proponente, influisce tanto sull'interesse del proponente stesso, che può divergere da quello della classe sino a confliggere con esso, quanto sulla capacità di condurre adeguatamente il processo nell'interesse della classe⁷⁵.

Questa sovrapposizione di piani si realizza in quanto il nostro legislatore ha previsto espressamente l'inammissibilità della

⁷² Così, anche MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1455 ss.

⁷³ V. KLONOFF R.H.-BILICH, E.K.M.-MALVEAUX, S.M., *Class Actions and Other Multi-Party Litigation, Cases and Materials*, St. Paul (Minn.), 2006, p. 137 ss.; KLONOFF, R.H., *Class actions and Other Multi-Party Litigation*, p. 56; CONTE, A.-NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, Fourth edition, 2002, § 3:21.

⁷⁴ Cfr. *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997).

⁷⁵ E difatti, secondo parte della dottrina, anche la verifica della sussistenza del conflitto di interessi servirebbe ad «assicurare la serietà della difesa processuale del gruppo»: così, MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-A., MOTTO, *Art. 140-bis c. cons.*, § 4.

domanda collettiva per conflitto di interessi⁷⁶. Se così non fosse stato, la questione andava senz'altro affrontata in sede di controllo della rappresentatività.

In ogni caso, comunque si voglia tracciare la linea di demarcazione tra i due requisiti, resta fermo il fatto – essenziale – che tanto il conflitto di interessi, quanto l'adeguata rappresentatività appartengono al profilo del corretto esercizio del potere di azione collettiva e devono essere valutati non solo all'inizio del giudizio, ma – come è evidente – durante tutto il suo corso⁷⁷.

Venendo più nel dettaglio al nuovo art. 140-*bis* c. cons., quest'ultimo, come detto, presenta una previsione significativamente diversa dal precedente; ripresa pressoché letteralmente dalla *rule 23 (a) (4)*, ove è consentita la gestione collettiva della controversia solo se «the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class».

Nella prima formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons., invece, il problema dell'adeguata rappresentatività aveva come sua necessaria premessa il fatto che la legittimazione ad agire spettava alle associazioni previste dall'art. 137 c. cons. o, alternativamente, alle associazioni o ai comitati che per l'appunto fossero «adeguatamente rappresentativi degli interessi fatti valere»; non al singolo consumatore.

La lettera della legge, dunque, prevedeva un controllo sulle capacità concrete di condurre adeguatamente il processo a favore degli aderenti solo per gli enti rappresentativi non previamente riconosciuti in sede amministrativa⁷⁸ ed inoltre non contemplava tale controllo tra le operazioni necessarie al fine di am-

⁷⁶ Ritene sia opportuna una espressa e separata previsione riguardante l'inammissibilità dell'azione collettiva per conflitto di interessi, MULHERON, R., *The Class action in Common Law Legal System, A Comparative Perspective*, cit., p. 276; un giudizio positivo riguardo a tale previsione nella nostra azione di classe è espresso da GIUGLIOLI, P.F., *I soggetti tutelati e le loro associazioni*, in *Diritto econ. ass.*, 2010, p. 1120 ss., spec. p. 1123.

⁷⁷ V. *infra*, 3.4.3.

⁷⁸ Per una diversa lettura, v. però le osservazioni di BRIGUGLIO, A., *L'azione collettiva risarcitoria (art. 140-bis Codice del Consumo)*, Torino, 2008, p. 14 e 66.

mettere la domanda collettiva, sicché risultava incerto se tale controllo dovesse svolgersi nella fase di ammissibilità o secondo le regole ordinarie⁷⁹.

Ora il vaglio di adeguata rappresentatività ha luogo in quella fase processuale preliminare appositamente destinata alla verifica di quelle condizioni da cui dipende la possibilità di procedere alla tutela giurisdizionale dei diritti dei consumatori in forma collettiva, ovvero il giudizio di ammissibilità, sicché il requisito svela oramai chiaramente, come già visto addietro, la sua funzione tecnica (e assolutamente propria del giudizio collettivo) di garantire la possibilità di imputare gli effetti di natura sostanziale che derivano dell'operato processuale del proponente alla classe ed in particolare alla classe «attiva», ossia agli aderenti, senza che si verifichi lesione della garanzia costituzionale del giusto processo⁸⁰.

⁷⁹ Nel primo senso la dottrina maggioritaria: cfr.; CAPONI, R., *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 836-837; CONSOLO, C., *Profili processuali generali, rito applicabile e fase preliminare del c.d. «filtro» giurisdizionale sull'ammissibilità dell'azione collettiva*, cit., p. 165; BRIGUGLIO, A., *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 14; OLIVIERI, G., *La class action in Italia, Il giudizio di ammissibilità, la camera di conciliazione e gli effetti del giudicato*, cit., p. 1165; DE SANTIS, F., *L'azione risarcitoria collettiva*, in CHINÈ, G.-MICCOLIS, G., *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, Roma, 2008, p. 160 s.; AMADEI, D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. mer.*, 2008, 940 ss., spec. p. 950; MENCHINI, S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 41 ss., spec. p. 48; PALMIERI, A., *Campo di applicazione, legittimazione ad agire e vaglio di ammissibilità*, in *Foro it.*, 2008, p. 185 ss., spec. p. 189; RUFFINI, G., *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive e restitutorie di cui all'art. 140-bis del codice del consumo*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 707 ss., spec. p. 708 s. In senso contrario, v. CARRATTA, A., *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, cit., spec. p. 334 s.; ID., *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 721 ss., spec. p. 730 s.; DONZELLI, R., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 857 s.

⁸⁰ È questo l'insegnamento che nell'ordinamento federale statunitense risale al noto precedente della Corte suprema *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32 (1940), su cui vedi CONTE, A.-NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, Fourth edition, 2002, p. 14 ss., nonché, di recente, TIDMARSH, J., *The Story of Hansberry: The Rise of The Modern Class Action*, in *Civil Procedure Stories* 233 (Kevin M. Clermont ed., 2008); cfr. anche NAGAREDA, R.A., *Administering Adequacy in Class Representation*, in 82 *Texas L. Rev.* 287, 298 (2003).

Da questo punto di vista, il fatto che la perimetrazione soggettiva degli effetti del giudicato operi secondo il regime dell'*opting-in* non solo non infirma questa conclusione⁸¹, ma al contrario conferma – come visto – che il giusto processo collettivo (o, se si preferisce, una tutela giurisdizionale collettiva effettiva) necessita di una serie di strumenti processuali in grado di orientare il processo verso soluzioni giuste ed il requisito dell'adeguata rappresentatività costituisce uno (forse uno dei più importanti, ma comunque uno) di questi strumenti⁸².

Questa osservazione non è secondaria, in quanto l'idea stessa di rappresentatività, anche se la si guardi nell'ottica della rappresentanza politica, potrebbe rinviare ad un atto di scelta da parte del singolo consumatore aderente del proprio rappresentante.

Ragionando in questi termini, il regime di *opting-in* prescelto dal legislatore per regolare il problema degli effetti del giudizio nei confronti della classe, potrebbe indurre a ritenere o che il requisito di adeguata rappresentatività possa essere preso alla leggera, o che la questione vada affrontata sulla base del numero di adesioni conseguite dal proponente⁸³ se non addirittura del numero di proponenti⁸⁴.

⁸¹ Ritiene che il filtro di ammissibilità assuma minore rilevanza, nella prospettiva della tutela dei singoli, in ragione del regime di *opt-in*, MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1448, a cui tuttavia non sfugge il fatto che il controllo giudiziale è comunque funzionale alla tutela degli aderenti, nonché alla tutela dei consumatori che non aderiranno e che ciononostante vedono preclusa loro la possibilità di esercitare nuovamente l'azione collettiva.

⁸² Cfr. *retro*, cap. I, § 5.2.3., nota 81.

⁸³ Cfr. ad es. DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 157, secondo cui la domanda di classe proposta senza adesioni deve essere dichiarata inammissibile per mancanza della classe; diversamente l'oggetto del giudizio si ridurrebbe al diritto individuale dell'attore.

⁸⁴ In questa direzione, pare orientato MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1425, nota 24, che osserva: «il giudice, chiamato a valutare, ai fini dell'ammissibilità della domanda, se il proponente appaia in grado di curare adeguatamente gli interessi della classe, dovrà tener conto anche del numero di coloro che hanno introdotto il processo; l'esiguità del numero di promotori non comporta in modo automatico una conclusione di tipo negativo, ma indubbiamente, può avere un ruolo non secondario per la formazione del convincimento del

Muovendosi nella prima direzione si potrebbe sostenere un ragionamento di questo tipo: visto che gli effetti del giudicato colpiscono solo chi ha aderito e visto che i diritti dei consumatori hanno carattere disponibile, ciò significa che lo stesso regime di *opt-in* priva di effettivo rilievo il requisito di adeguata rappresentatività.

Muovendosi nell'altra direzione, invece, si potrebbe ritenere che la classe sia in fin dei conti libera di valutare da sé a chi conferire o meno il potere rappresentativo, sicché, qualora il numero delle adesioni sia significativo, il proponente dovrebbe essere ritenuto comunque adeguatamente rappresentativo dei consumatori aderenti.

Tuttavia questo modo di ragionare è assolutamente contrario allo spirito della legge per diverse ragioni⁸⁵.

tribunale. Ciò anche alla luce di ulteriori considerazioni: è vero che le adesioni possono intervenire anche in un secondo momento, nel termine di cui alla lett. *b*) del comma 9, ma il tribunale, quando compie l'esame circa l'ammissibilità dell'azione, non può sapere se vi saranno ulteriori adesioni e, dall'altro, è dubbio se la domanda dichiarata ammissibile possa essere considerata inammissibile in un momento successivo, in corso di causa, qualora non abbia riscontrato il consenso dei consumatori, per cui vi è il rischio che il processo, partito con pochi promotori o aderenti, giunga alla conclusione con gli stessi soggetti e che l'azione più che "di classe" si riveli essere "di pochi", pregiudicando anche ulteriori forme di tutela collettiva per lo stesso illecito e nei confronti della medesima impresa».

⁸⁵ Non va, peraltro, escluso del tutto che si possa tener conto del numero di adesioni già raccolte sin dalla fase di ammissibilità, come ammette in termini sfumati PAGNI, I., *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, cit., p. 367. Il proponente, infatti, è onerato della prova della sua adeguata rappresentatività, dell'identità tra i diritti e con essa l'esistenza della classe, sicché la completa assenza di adesioni potrebbe comunque avere il suo peso ai fini dell'ammissibilità della domanda. La legge, infatti, non indica quali strumenti debbano essere impiegati per accertare la sussistenza del requisito di identità e a tal fine il giudice sarà libero di articolare l'istruzione probatoria (evidentemente necessaria a tal proposito) come crede. Si potrà ad esempio esaminare il contenzioso individuale già avviatosi riguardo ad un certo illecito plurioffensivo, verificando i dati giurisprudenziali già prodotti, ma nella maggior parte dei casi, l'identità sarà valutata sulla base di un apprezzamento sommario nella pretese avanzate dalle adesioni, sicché la loro totale assenza potrebbe evidentemente influire sull'esito del giudizio di ammissibilità. Diverso, poi, come vedremo, è il caso in cui non vi siano o vi siano poche adesioni dopo l'ordinanza di ammissibilità. Sul punto, v. *infra*, § 3.3.1.2.

In primo luogo, sebbene alcune proposte di riforma dell'art. 140-*bis* c. cons. prevedessero una netta separazione tra la fase di ammissibilità e l'inizio del giudizio, anche nell'attuale formulazione dell'articolo il momento che la legge presenta come il più adeguato per l'esercizio del diritto di adesione è dopo l'ordinanza di ammissibilità.

È vero che il comma 3, nel disciplinare il contenuto e gli effetti dell'atto di adesione e più precisamente nel prevedere che l'effetto interruttivo della prescrizione si possa realizzare anche al momento della notificazione della domanda, dà atto del fatto che il proponente possa essersi già munito di adesioni. Tuttavia è l'ordinanza di ammissibilità che definisce, come meglio vedremo⁸⁶, la classe, indicando i criteri che verranno utilizzati per valutare in concreto l'appartenenza alla classe dei consumatori aderenti e determinando i fatti sulla base dei quali andranno a commisurarsi gli effetti preclusivi collettivi previsti al comma 14.

Per questa ragione deve essere valutata come non patologica, ma fisiologica (specie nei casi di soggetti proponenti non istituzionali) l'ipotesi in cui siano pochi i consumatori che aderiscano prima dell'ordinanza di ammissibilità. E ciò non tanto perché tale situazione potrebbe celare una mera attesa del momento migliore per aderire, ma anche perché potrebbe essere che i consumatori non siano ancora a conoscenza dell'avvio del giudizio collettivo.

In secondo luogo, come già osservato, il giudizio di ammissibilità costituisce un momento di controllo dell'azione di particolare rilievo pubblicistico, come conferma l'obbligo di notificare l'atto di citazione al pubblico ministero⁸⁷.

Per quel che riguarda specificamente il requisito in questione, ciò si traduce nel fatto che il sindacato sull'adeguata rap-

⁸⁶ Cfr. *infra*, cap. V, §§ 2.3., 4.

⁸⁷ A tal riguardo, v. le osservazioni di PUNZI, C., *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 260; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1445 ss.; DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 208 ss.; ZOPPINI, A., *Alcune brevi riflessioni sulla riforma della disciplina in materia di «azione di classe»*, in *Diritto econ. ass.*, 2010, p. 1125 ss., spec. p. 1128.

presentatività ha una funzione di tutela tanto riguardo alla classe «attiva», ovvero quella formata dagli aderenti, quanto riguardo alla classe «passiva», ovvero quella formata dai consumatori che preferiscono rimanere inerti.

Non a caso il comma 6 letteralmente afferma che la domanda è dichiarata inammissibile se il proponente «non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe»; di tutta la classe e non solo dei consumatori aderenti.

Nei confronti di questi ultimi, ovvero della classe attiva, il controllo di adeguata rappresentatività, come detto, è uno degli strumenti che rendono giusto il processo collettivo in quanto i consumatori che aderiscono meramente, nonostante siano destinatari delle ulteriori iniziative di pubblicizzazione previste dal comma 11, non sono in grado di controllare l'operato del proponente e del difensore della classe, sicché il loro atto di adesione, più che un atto che attesta fiducia nel proponente, è un atto di fiducia nel giudice.

Nei confronti, invece, della classe passiva non va dimenticato che il comma 14 prevede che «non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti». Ciò significa che i consumatori appartenenti alla classe, ma che non aderiscono, non subiscono gli effetti di giudicato previsti dallo stesso comma 14, ma in ogni caso perdono la possibilità di agire in un secondo momento in via collettiva, sicché un adeguato controllo dell'ammissibilità dell'azione va anche a loro vantaggio⁸⁸.

3.2.4.2. I criteri per valutarla

3.2.4.2.1. Le indicazioni che provengono dalla pregressa esperienza in materia di interessi collettivi

Chiarita la funzione del sindacato sull'adeguata rappresentatività, si apre allora il problema di quale circostanze prendere in considerazione e di quali criteri direttivi adottare per valutarla e

⁸⁸ Cfr., *infra*, cap. V, § 4.

la questione, vista l'esperienza italiana in materia, non è propriamente agevole.

Come è noto il dibattito sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi si sviluppa nel nostro Paese dagli anni Settanta in poi e, specie nella prima fase di questo dibattito, ovvero quando la prospettiva di studio era maggiormente orientata in una direzione *de iure condendo*, si discuteva sul ruolo da attribuire al requisito di adeguata rappresentatività ai fini della tutela degli interessi sovraindividuali. Ed in questo quadro, secondo l'orientamento maggioritario, era opportuno che l'adeguata rappresentatività fosse valutata dal giudice in concreto e non *ex ante* in sede amministrativa⁸⁹.

Il successivo sviluppo della nostra legislazione ha, peraltro, premiato in prevalenza questa seconda impostazione e in ogni caso raramente il controllo giudiziale dell'azione collettiva nei termini qui in questione è stato condotto sulla base dell'attitudine e delle capacità concrete dell'attore di condurre adeguatamente il processo in relazione alle specifiche caratteristiche della controversia.

⁸⁹ Per tutti, v. DENTI, *L'idea di codice e la riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 100 ss., spec. p. 105, secondo cui «la ragione di questi filtri preventivi sta nell'esigenza di controllare la serietà dell'agire delle associazioni, ma il risultato che ne consegue è un rafforzamento dell'iniziativa di impresa, o del potere del contraente forte»; cfr. anche ID., *Profili civilistici della tutela degli interessi diffusi*, in *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività* (Atti del convegno nazionale promosso dalla sezione di Bologna di Italia Nostra, Bologna, 5 dicembre 1981), Rimini, 1982, p. 48 ss., spec. p. 53; CAPPELLETTI, M., *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, (Atti del convegno di Pavia, 11-12 giugno, 1974), Padova, 1976, p. 204-205. *Contra*, GRASSO, E., *Gli interessi della collettività e l'azione collettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 24 ss., spec. p. 32, nota 30, per il quale, «nel nostro ordinamento non v'è norma che consenta al giudice di conferire caso per caso al gruppo la legittimazione ad agire nell'interesse della collettività, secondo un suo "prudente apprezzamento"»; perplesso circa questa possibilità anche TROCKER, N., *Interessi collettivi e diffusi*, cit., p. 7; ID., *Gli interessi diffusi e la loro tutela*, cit., p. 211; con ampiezza di riflessione, VIGORITI, V., *Interessi collettivi e processo*, I, *La legittimazione ad agire*, Milano, 1979, p. 225 ss.; aperto ad entrambe le opzioni, PROTO PISANI, A., *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 263 ss., spec. p. 275.

Le ragioni di questa evoluzione sono da ricercarsi alla base del dibattito attorno gli interessi sovraindividuali, ovvero nella stessa nozione maggiormente accreditata di interesse collettivo ed in particolare in quella concezione del processo collettivo che è possibile sintetizzare nei seguenti termini:

a) la natura sovraindividuale dell'interesse, letta secondo distorte concezioni individualistiche del diritto civile tradizionale, fa sì che l'interesse sia percepito come appartenente a tutti e perciò in fin dei conti di nessuno in particolare;

b) l'imputazione ad un unico soggetto dell'interesse come premessa ritenuta necessaria al fine di consentirne la tutela giuridica conduce ad attribuire la gestione (e di lì a breve la titolarità) dell'interesse agli enti esponenziali;

c) sul piano concettuale questa impostazione ricostruttiva cerca di giustificare tale risultato affermando che l'interesse collettivo a ben vedere è proprio l'interesse che si pone come sintesi organizzatoria del gruppo;

d) nel passaggio dal piano sostanziale al piano processuale il fenomeno organizzatorio ridimensiona di importanza il requisito di adeguata rappresentatività.

Sicché, in conclusione:

1) il requisito di adeguata rappresentatività nasce sul piano processuale per consentire che in sede di giudizio solo uno dei diversi legittimati ad agire possa porre in essere una attività processuale in grado di avere effetti vincolanti nei confronti di tutti senza pregiudizio del diritto di azione;

2) tuttavia, nel nostro ordinamento, il requisito di adeguata rappresentatività viene svuotato di significato poiché sostituito da premesse di natura sostanziale.

Questo modo di concepire l'adeguata rappresentatività e più in generale il processo collettivo come una *species* del processo individuale è andato bene sino a quando i rimedi avevano (o si ritenevano avere) solo carattere inibitorio e la legittimazione ad agire da parte dei singoli soggetti interessati veniva esclusa.

Le cose hanno iniziato a complicarsi in materia antidiscriminatoria in cui, nonostante i tentativi di uniformazione interpreta-

tiva perpetuati dalla dottrina, era indubbia la possibilità che anche i singoli soggetti discriminati potessero agire per la repressione delle condotte discriminatorie a carattere collettivo ed ove di recente l'azione collettiva degli enti esponenziali ammette anche la richiesta della condanna al risarcimento del danno a favore dei soggetti lesi⁹⁰.

L'interrogativo che bisogna allora porsi è il seguente: in quale misura può essere utilizzata l'esperienza maturata in Italia in materia di azioni collettive sulla base delle premesse dogmatiche poc'anzi descritte?

Per meglio orientarsi occorre prendere in esame con maggior dettaglio il quadro normativo entro cui si va ad inserire il nuovo art. 140-*bis* c. cons.; quadro normativo – qui di seguito indicato in sintesi – nel quale la legittimazione ad agire è quasi sempre di matrice organizzatoria.

a) In taluni casi la rappresentatività è *in re ipsa* in ragione della funzione pubblica esercitata dall'ente esponenziale.

Non inopportuno potrebbe essere il richiamo dei casi di azione del pubblico ministero, ma a parte questa ipotesi, in primo luogo va segnalata l'azione civile di danno ambientale che spetta in via esclusiva allo Stato ai sensi dell'attuale art. 311 del d.legisl. 152/2006: lo Stato si ritiene rappresenti tutti sempre e comunque⁹¹.

Non diverso nella sostanza è il regime di legittimazione ad agire in via collettiva previsto in materia antidiscriminatoria dal codice delle pari opportunità, posto che all'art. 37, riprendendo la soluzione già adottata nella l. n. 125/91, si attribuisce l'azione in via esclusiva al consigliere di parità in una posizione assimilabile ad una sorta di pubblico ministero specializzato.

b) In altri casi la rappresentatività è valutata *a priori* mediante un riconoscimento a carattere amministrativo.

⁹⁰ Per approfondimenti v. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 660 ss.

⁹¹ Per le diverse operazioni di ricostruzione in chiave pubblicistica degli interessi ambientali, v. le nostre considerazioni svolte in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., 675 ss.

Così è, anche dopo il d.legisl. n. 152/2006, in materia ambientale riguardo all'impugnazione dei provvedimenti amministrativi lesivi degli interessi ambientali, in cui la legittimazione ad agire, grazie al coordinato disposto degli artt. 13 e 18 della l. n. 349/86, è riservata alle associazioni a carattere nazionale individuate con decreto del Ministro dell'ambiente.

La stessa soluzione ricorre nelle azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori previste dagli artt. 37 e 139 c. cons., che vedono come legittimate ad agire esclusive le associazioni riconosciute ai sensi dell'art. 137 c. cons.

Stesso discorso vale per gli artt. 5, comma 1-3, del d.legisl. n. 215/2003 e 4, comma 1 e 3, l. n. 67/2000, ove l'azione antidiscriminatoria collettiva spetta alle associazioni e agli enti inseriti in un apposito elenco approvato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali e del Ministero per le pari opportunità.

c) In altre fattispecie il controllo sull'adeguata rappresentatività è invece attribuito al giudice, ma in ogni caso i parametri di valutazione imposti dal legislatore sono ispirati ad una concezione fortemente istituzionalizzata ed accentrata della rappresentatività⁹².

È il caso del procedimento per la repressione della condotta antisindacale, dove l'azione spetta agli «organismi locali delle associazioni sindacali *nazionali*»⁹³ o, ancora in materia antidiscriminatoria, degli artt. 44, comma 10, d.legisl. n. 286/98 e 5, comma 1 e 2, d.legisl. n. 216/2003, in cui i soggetti legittimati ad agire a titolo collettivo sono costituiti dalle rappresentanze locali delle organizzazioni sindacali «*maggiormente rappresentative a livello nazionale*».

d) Sino al nuovo art. 140-*bis* c. cons., di soluzione più elastiche e maggiormente conformi ai principi costituzionali, i quali ri-

⁹² Su questa base nasce la falsante idea del diritto soggettivo collettivo, ovvero di un diritto soggettivo attribuito alle associazioni per la tutela dell'interesse collettivo: per approfondimenti, v. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 76, nota 171, 238 s. nota 131, 531 ss., 716 ss., 797 nota 87, 806 nota 107.

⁹³ Si veda, infatti, l'esclusione dalla sfera dei legittimati ad agire tanto delle r.s.a. quanto, come è noto, dei singoli consumatori; per considerazioni critiche, v., di recente, v. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., 582 ss.

conoscono chiaramente all'art. 2 la dimensione al contempo individuale e collettiva dei diritti come espressione del principio partecipativo e democratico anche all'interno del fenomeno giurisdizionale, ve ne erano rari esempi e non a caso la dottrina in diversi casi ha cercato di estendere il fronte della legittimazione ad agire anche ai singoli o a formazioni sociali più fluide e spontanee⁹⁴.

Un sindacato sull'adeguata rappresentatività rimesso al giudice senza parametri di controllo già orientati dal legislatore nella direzione poc'anzi indicata ricorreva nell'abrogato art. 1469-*sexies* c.c., che apriva la sfera dei legittimati ad agire alle associazioni (semplicemente) «rappresentative dei consumatori e dei professionisti», oltre che alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura⁹⁵.

Tuttavia l'esperienza applicativa maggiormente interessante in materia di tutela giurisdizionale degli interessi sovraindividuali si è sviluppata all'interno nel processo amministrativo ed in particolare in materia ambientale, visto che la giurisprudenza maggioritaria ha negato l'esclusività del regime di legittimazione *ex lege* previsto dall'art. 18 per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi illegittimi, sostenendo un doppio binario di legittimazione ad agire: quella prevista in via preventiva dal legislatore e quella riconosciuta dal giudice in relazione alle circostanze concrete del caso⁹⁶.

In questa seconda ipotesi, applicando il noto criterio dell'insediamento stabile è stata riconosciuta la legittimazione ad agire, da un lato, ai singoli individualmente o uniti in comitati, dall'al-

⁹⁴ Cfr. in particolare LANFRANCHI, L., *Le animulae vagulae blandulae e l'atra facia della luna*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2003, XVII ss.; CARRATTA, A., *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, *ivi*, p. 79 ss.; nonché il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, *cit.*, spec. p. 397 ss.

⁹⁵ Per approfondimenti, v. CARRATTA, A., *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, *cit.*, spec. p. 129 ss.; FABBIO, P., *Questioni in materia d'inibitoria collettiva ex art. 1469-*sexies* c.c. alla luce della l. 30 luglio, n. 281 sui diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 722 ss.

⁹⁶ Per approfondimenti, v. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, *cit.*, p. 203 ss., spec. nota 95.

tro, alle associazioni titolari di un interesse legittimo collettivo sulla base delle finalità statutarie, del grado di stabilità, nonché sulla base – anche qui – di un rapporto di vicinanza con la zona nella quale si era verificata o si sarebbe potuta verificare la lesione ambientale.

Da questo rapido *excursus* possono essere tratte le seguenti conclusioni:

a) nel nostro ordinamento il controllo dell'adeguata rappresentatività si è tendenzialmente concentrato su dati ed elementi preesistenti al giudizio e legati alle qualità dell'ente esponenziale senza tener conto delle particolari caratteristiche della controversia.

b) questa conclusione è valida non solo nei casi in cui la rappresentatività derivi automaticamente dal previo riconoscimento amministrativo, ma anche nei casi in cui questa deve essere valutata dal giudice ed anche nell'esperienza giurisprudenziale appena menzionata relativa alla tutela degli interessi ambientali, in cui sovente il controllo dell'adeguata rappresentatività, pur orientato in concreto, è stato anche in questo caso indirizzato a valutare, da un lato, le qualità dell'associazione e, dall'altro, l'omogeneità dell'interesse «esposto» dall'associazione stessa, rispetto all'interesse spettante ai singoli sul piano individuale.

3.2.4.2.2. *Le indicazioni che provengono dalle esperienze straniere*

Tornando allora al quesito poc'anzi proposto: in che misura questa esperienza può essere utilizzata nell'applicazione dell'art. 140-*bis* c. cons.?

L'interrogativo è effettivamente problematico posto che la formulazione letterale della norma è assai ampia nel prescrivere che il proponente debba «apparire in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe».

Va poi aggiunto che l'esperienza dell'ordinamento da cui tale disposizione è tratta, ovvero l'ordinamento federale statunitense, si orienta verso posizioni interpretative molto lontane da quanto esaminato poc'anzi.

Messa, infatti, da parte la possibile interferenza che può venirsi a realizzare in sede di verifica dei diversi requisiti di ammissibilità in particolare riferimento con il conflitto di interessi, che, come visto, non essendo espressamente contemplato dalla *rule* 23, talora si confonde con il controllo dell'*adequacy of representation* o con il controllo della *typicality*, il dato che emerge da un esame dalla giurisprudenza statunitense è la tendenza a condurre la verifica dell'adeguata rappresentatività dando rilievo a circostanze molto specifiche ed attinenti alla posizione anche personale del proponente⁹⁷.

Ad esempio la sua capacità di condurre con determinazione (*vigorously*) il giudizio in ragione delle risorse monetarie o del tempo di cui è a disposizione, nonché del risultato concreto che potrebbe trarre in caso di accoglimento della domanda collettiva.

È anche richiesta una adeguata conoscenza dei fatti di causa. Talora, poi, il controllo dell'*adequacy of representation* può arrivare a focalizzarsi su elementi assolutamente personali del proponente, riecheggiando – forse – vaghe influenze puritane, ossia il carattere probò, l'onestà e la credibilità dello stesso.

Va inoltre aggiunto che la verifica dell'*adequacy of representation* non è limitata al proponente, ma si estende anche al difensore della classe, che, specie nelle controversie di grandi dimensioni, diviene il vero *dominus* della pretesa collettiva adombrando il ruolo del proponente come parte primariamente interessata all'esito positivo del giudizio⁹⁸.

⁹⁷ Per approfondimenti, v. CONTE, A.-NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, cit., §§ 3.21 ss.; KLONOFF R.H.-BILICH, E.K.M.-MALVEAUX, S.M., *Class Actions and Other Multi-Party Litigation, Cases and Materials*, cit., p. 125 ss.; KLONOFF, R.H., *Class actions and Other Multi-Party Litigation*, cit., p. 51 ss.; in una prospettiva comparatistica più ampia, v. MULHERON, R., *The Class Action in common law legal system*, cit., p. 289 ss.

⁹⁸ È un dato ormai acquisito alla riflessione statunitense il fatto che, nei giudizi di classe aventi ad oggetto illeciti di ampia rilevanza ed in particolare in quelli in cui l'ampia estensione soggettiva dei titolari delle pretese individuali si abbina all'entità modesta o irrisoria della somma dovuta singolarmente a ciascun appartenente alla classe, il *class representative* costituisce un semplice «figurehead» e un sindacato sulle

A tal proposito dal 2003, recependo i risultati già conseguiti sul piano giurisprudenziale, la *subdivision* (g) della *rule 23* presenta una specifica ed articolata disciplina riguardante i criteri da seguire nella determinazione del difensore della classe.

Quest'ultimo, come il *class representative*, «must represent fairly and adequately the interests of the class» ed il giudice, nel nominarlo, oltre a poter valutare ogni questione che ritiene possa essere rilevante a tal proposito, deve considerare una serie di fattori: il lavoro svolto dal difensore nell'identificare o nel ricercare le possibili pretese appartenenti all'azione, l'esperienza del difensore maturata in precedenti azioni collettive o altri casi di *complex litigation* e pretese del tipo prospettato nell'azione, la conoscenza della legge applicabile, nonché anche le risorse che potrà impiegare per rappresentare la classe⁹⁹.

3.2.4.2.3. Conclusioni

L'art. 140-*bis* c. cons., per le ragioni indicate nel precedente capitolo e alla luce della valutazione più approfondita di taluni dei tratti qualificanti del nuovo rimedio, si pone senz'altro nel solco segnato dall'esperienza statunitense.

Tuttavia è indubbio che il contesto sociale ed istituzionale all'interno del quale va ad operare l'azione di classe a tutela dei consumatori è ben diverso.

sue qualità personali, nonché sulla sua conoscenza dei fatti di causa appare inopportuno: v. in particolare in noto studio di MACEY, J.R.-MILLER, G.P., *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 *Univ. Chicago Law Review* 1, 9394 (1991); nonché COFFEE, J.C. Jr., *Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class Action and Derivative Actions*, 86 *Colum. L. Rev.* 669, spec. 677-679 (1986). Per una prima chiara emersione del fenomeno in esame sul piano giurisprudenziale, v. *Kline v. Coldwell, Banker & Co.*, 508 f2d 226 (9th Cir. 1974). Cfr. anche il recente saggio di TIDMARSCH, J., *Rethinking adequacy of representation*, 87 *Texas Law Review* 1137 (2009); nonché, precedentemente, WOOLLEY, P., *Rethinking The Adequacy of Adequate Representation*, in 75 *Tex. L. Rev.* 571 (1996-1997).

⁹⁹ Cfr., in particolare, FEDERAL JUDICIAL CENTER, *Manual for Complex Litigation, Fourth*, § 21.27.

E la prima conseguenza di tale diversità sarà determinata dal fatto che la maggior parte delle azioni di classe, specie in un primo periodo, godranno dell'appoggio delle associazioni già previamente legittimate ai sensi dell'art. 137 c. cons.

Nell'attuale formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons., infatti, il consumatore «componente della classe» è colui a cui spetta la posizione giuridica di proponente ed è colui che, riconosciuto adeguatamente rappresentativo e privo di conflitto di interessi, diviene l'attore di classe, l'attore collettivo.

Tuttavia, il consumatore può – dice la norma – agire «anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa». Di conseguenza il sindacato di rappresentatività, qualora non sia il singolo consumatore a muoversi solitariamente come portavoce collettivo, dovrà inevitabilmente tener conto delle modalità concrete con le quali sarà proposta la domanda: in forma individuale o in forma associativa¹⁰⁰.

Non esiste, quindi, un criterio valutativo o un metodo corretto aprioristicamente e le esperienze ora riportate non sono da accettare o scartare nella loro assolutezza.

Occorre, al contrario, fare tesoro di tutti gli elementi di indirizzo interpretativo che possano essere appropriati per la valutazione dell'adeguata rappresentatività nel caso concreto¹⁰¹, distinguendo tra quattro diverse ipotesi di base:

a) la domanda è proposta dal singolo consumatore;

¹⁰⁰ Cfr. PUNZI, C., *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 258.

¹⁰¹ Della necessità di determinare dei criteri di indirizzo per la valutazione dell'adeguata rappresentatività è consapevole la nostra Corte di cassazione, che, sebbene in riferimento alla precedente versione dell'art. 140-*bis* c. cons. e più precisamente alla legittimazione ad agire attribuita alle associazioni non riconosciute e ai comitati, ha affermato che l'individuazione di tali soggetti «richiederà invece alla giurisprudenza l'elaborazione di indici presuntivi quali desumere il requisito della “adeguata rappresentatività”: operazione certamente non agevole, a causa della sconfinata latitudine della espressione usata dal legislatore» (cfr. la *Relazione* dell'Ufficio del Massimario della Corte suprema di Cassazione n. 16 del 9 febbraio 2009, p. 24, in *www.cortedicassazione.it*).

b) la domanda è proposta da più consumatori riuniti in comitato;

c) la domanda è proposta da un'associazione, ma non riconosciuta ai sensi dell'art. 137 c. cons.;

d) la domanda è proposta dalle associazioni iscritte nell'elenco *ex art.* 137 c. cons.

Queste quattro opzioni di base descrivono un arco di possibilità all'interno del quale la figura formale del proponente spetta sempre al consumatore, ma, come già osservato, muovendosi dall'ipotesi *sub a)* verso quella indicata *sub d)*, il sindacato di adeguata rappresentatività si sposta progressivamente dal singolo consumatore verso l'ente esponenziale.

Per queste ragioni, nell'ipotesi *sub a)*, è collocata la situazione nella quale la verifica dell'adeguata rappresentatività, proprio per essere maggiormente focalizzata sul singolo consumatore, dovrà essere svolta secondo canoni mutuati dall'esperienza straniera in materia di *class action*¹⁰². Di contro, dal lato opposto,

¹⁰² Riguardo alla nuova disposizione, v. soprattutto GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 595 ss.; cfr. anche BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1026 ss.; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1455 ss.; SANTANGELI, F.-PARISI, P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, cit., p. 227 ss. In senso contrario, v. però FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in AA.VV., *I diritti dei consumatori e la nuova class action*, a cura di P.G. Demarchi, Bologna, 2010, p. 487 ss., spec. p. 500, che, in riferimento alla possibilità di verificare l'adeguata rappresentatività anche tenendo conto della capacità economica dell'attore o dell'associazione a cui è conferito il mandato o semmai anche dello studio legale che assiste il proponente, osserva che tale opzione interpretativa non appare coerente con le finalità di accesso alla giustizia appartenenti all'istituto, nonché poco conforme ai principi del nostro ordinamento. In giurisprudenza, v. T. Torino, 7 aprile 2011, in *www.il caso.it*, p. 19, che ha ritenuto inammissibile la domanda proposta da un consumatore ritenuto non idoneo a curare adeguatamente gli interessi della classe in ragione delle sue ridotte possibilità economiche. Un avvicinamento al controllo dell'adeguata rappresentatività svolto in sede di *certification* nella *class action* statunitense era già stato rilevato dalla dottrina riguardo alla precedente formulazione dell'art. 140-bis c. cons., ovvero in riferimento alla legittimazione ad agire riconosciuta anche alle associazioni ed i comitati che fossero adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi dei consumatori: cfr. BRIGUGLIO, A., *L'azione*

cioè nell'ipotesi *sub d*), si trova la situazione più vicina a quanto in precedenza accaduto in Italia in materia di azioni collettive ed i criteri di valutazione sinora adottati hanno ancora la loro ragion d'essere, compreso il previo riconoscimento amministrativo.

Nelle opzioni *sub b*) e *sub c*) si pongono, invece, le situazioni intermedie, in cui occorrerà, a secondo dei casi, operare un opportuno *mix* di criteri di valutazione.

A questa ricostruzione si potrebbero fare due fondamentali obiezioni in grado di privarla di fondamento.

Prima obiezione: la valutazione dell'adeguata rappresentatività, anche quando è il singolo consumatore ad agire, ovvero nell'ipotesi indicata *sub a*), non può essere condotta applicando criteri mutuati da ordinamenti come quelli di *common law* nei quali la posizione del giudice è differente rispetto alla situazione italiana¹⁰³, sicché non è possibile dotare il giudice in sede di giudizio *ex art. 140-bis c. cons.* di poteri valutativi discrezionali basati su criteri non scritti nella legge.

Seconda obiezione: la valutazione dell'adeguata rappresentatività delle associazioni maggiormente rappresentative ai sensi

collettiva risarcitoria (art. 140-bis Codice del Consumo), Torino, 2008, p. 14 s.; BUZZELLI, P., in CONSOLO, C.-BONA, M.-BUZZELLI, P., *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 86 ss.; CAPONI, R., *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., spec. p. 836; CARRATTA, A., *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, cit., spec. p. 328; CHIARLONI, S., *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1842 ss., spec. p. 1845; COSTANTINO, G., *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 «bis» cod. consumo*, cit., p. 20; DE SANTIS, A.D., *L'azione risarcitoria collettiva*, in CHINÈ, G.-MICCOLIS, G., *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, Roma, 2008, p. 124 ss.; DONZELLI, R., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 851 ss.; RUFFINI, G., *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140-bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 707 ss., spec. p. 713 ss.; VIGORITI, V., *Class action e azione collettiva risarcitoria, La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 729 ss., spec. p. 748 ss.

¹⁰³ Così, infatti, GRASSO, E., *Gli interessi della collettività e l'azione collettiva*, cit., p. 32, nota 30, per il quale, «nel nostro ordinamento non v'è norma che consenta al giudice di conferire caso per caso al gruppo la legittimazione ad agire nell'interesse della collettività, secondo un suo "prudente apprezzamento"».

dell'art. 137 c. cons. non rileva in sede di giudizio *ex art. 140-bis* c. cons. in quanto la legge indirizza l'interprete su una valutazione su misura del singolo e concreto processo e non *apriori*.

Tuttavia, né la prima, né la seconda obiezione sono fondate.

Riguardo alla prima, c'è da dire che l'argomento su cui si fonda ha sempre più o meno espressamente caratterizzato la riflessione sugli interessi collettivi in Italia e sovente la diversa cornice culturale ed istituzionale entro cui inserire il giudice nei due differenti ordinamenti è stata utilizzata come ragione esemplificativa dell'impossibilità di trapiantare la *class action* all'interno del nostro continente.

A questo modo di pensare si potrebbe replicare con toni vagamente polemici, osservando i grandi progressi dell'*Italian style* in materia di interessi collettivi nell'arco di quasi quarant'anni¹⁰⁴, oppure riflettendo sul fatto che qualora il nostro Paese, un giorno o l'altro, decidesse di sperimentare le proprie capacità tecnologiche nella conquista dello spazio, sarebbe forse più utile guardare alle soluzioni adottate dalla Nasa piuttosto che recuperare i pur splendidi disegni di Leonardo da Vinci.

Volendo, invece, affrontare la questione in termini più tecnici, va semplicemente detto che tale obiezione aveva il suo pregio quando mancavano norme apposite che attribuivano al giudice il potere di valutare l'adeguata rappresentatività dell'attore collettivo. Ora, con la nuova formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons. lo scenario cambia e sul giudice, come detto addietro, grava il compito di vigilare sul rapporto di corrispondenza che intercorre tra il proponente e la classe. Che poi questa attività di controllo inevitabilmente implichi valutazioni discrezionali è nella natura delle cose. Più le operazioni sono complesse, più aumenta il numero delle variabili da tenere sotto controllo.

Il legislatore avrebbe potuto scegliere una tecnica redazionale maggiormente analitica, come ad esempio si propone di fare

¹⁰⁴ Per l'analisi di questo percorso, v. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 141 ss.

in Brasile, dove il recente *Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*, maturato in un contesto di *civil law* vicinissimo alle nostre radici dottrinali e ciononostante sempre più vicino alle soluzioni statunitensi¹⁰⁵, prevede all'art. 20 un nuovo regime di legittimazione ad agire concorrente attribuita ora anche ai singoli per la tutela degli interessi collettivi e diffusi, nonché per la tutela dei diritti individuali omogenei, in cui il giudice, nel controllare l'«adeguata rappresentatività», dovrà valutare tre requisiti: *a)* la credibilità, la capacità e l'esperienza del legittimato; *b)* la sua esperienza nella protezione giudiziale o stragiudiziale degli interessi o dei diritti diffusi o collettivi; *c)* la sua condotta in eventuali processi collettivi nei quali ha agito.

Tuttavia, come visto, il nostro legislatore ha preferito una scelta più sintetica con il risultato che, dal punto di vista tecnico-normativo, il requisito di adeguata rappresentatività costituisce niente di più o di diverso rispetto ad altre clausole generali già ben note al nostro ordinamento.

Occorre ora affrontare la seconda obiezione, ovvero quella secondo cui il riconoscimento amministrativo *ex art. 137 c. cons.* non avrebbe valore probante della rappresentatività in sede di giudizio *ex art. 140-bis c. cons.* non essendo l'associazione delegata dal consumatore sollevata dall'onere di provare la sua adeguata rappresentatività in concreto.

A tal riguardo si osserva che la legge, da un lato, ovvero al primo comma dell'art. 140-*bis c. cons.*, non distingue tra associazioni riconosciute e non riconosciute e, dall'altro, nel disciplinare il requisito di adeguata rappresentatività si riferisce al proponente. Tuttavia si è detto che il mandato all'associazione sposta i termini del problema orientando l'attenzione, per quel che riguarda questo specifico profilo, verso la posizione dell'ente collettivo.

Ma se questa conclusione deve considerarsi corretta, in quanto mira a dare maggior peso nella valutazione di rappresen-

¹⁰⁵ V. in particolare l'*Exposição de motivos* all'*Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*.

tatività a chi in concreto intende operare a vantaggio della classe, non è possibile non tener conto del fatto che l'inserimento nell'elenco delle associazioni rappresentative a livello nazionale è subordinato alla sussistenza di requisiti tali da garantire senz'altro, in astratto, l'adeguata rappresentatività delle associazioni iscritte.

Anzi, se si stressasse troppo questo argomento si finirebbe per giungere al risultato opposto, cioè non quello di rendere più difficoltoso l'accesso alle associazioni riconosciute, ma di renderlo impossibile ai singoli consumatori, che ovviamente partono da una posizione di forte svantaggio rispetto ad un soggetto istituzionalmente deputato a tutelare gli interessi del consumatore.

Tuttavia il problema va impostato nei corretti termini: la rappresentatività richiesta dall'art. 140-*bis* c. cons. non deve essere quella migliore in assoluto e bisogna evitare interpretazioni che surrettiziamente restringano l'accesso al giudizio imponendo al consumatore di dare mandato all'associazione per vedere ammessa la domanda di classe¹⁰⁶.

Occorre al contrario rispettare la lettera della legge, che nel prescrivere come «possibile» la delega, non esclude *a priori* azioni promosse su base individuale.

Chiarito questo, va anche aggiunto che l'iscrizione nell'elenco non costituisce nemmeno un dato in grado di vincolare il giudice imponendogli di ritenere sussistente il requisito in que-

¹⁰⁶ Troppo liberale, d'altro canto, l'approccio proposto da CONTE, G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in A.A.V.V., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 27 ss., spec. p. 36, secondo cui «al giudice è chiesto solo di verificare se, considerato il principio di *unicità* dell'azione di classe, l'ente o il singolo consumatore presentino caratteristiche tali da far supporre *gravi inadeguatezze* a fronte del compito che hanno assunto». Il tenore letterale della norma, nonché una interpretazione sistematica inducono ad escludere che il proponente debba essere il migliore possibile, ma, di contro, non si possono ammettere azioni di classe semplicemente sul presupposto che il proponente non sia gravemente inadeguato; e ciò ancor di più se si ritiene che il principio di *unicità* dell'azione di classe comporti la consumazione del potere anche nei casi in cui il processo non giunga alla pronuncia di merito.

stione¹⁰⁷. Non è escluso, infatti, che al ricorrere di certe circostanze tale riconoscimento preesistente dica poco riguardo alla capacità concreta dell'associazione di curare adeguatamente gli interessi della classe.

Ciò, ad esempio, potrà accadere in riferimento ad illeciti particolarmente localizzati all'interno del territorio nazionale; ed eventualmente la lacunosa attività difensiva apprestata dall'associazione in sede di giudizio potrà essere rilevata dal giudice ai fini della pronuncia di inammissibilità della domanda.

Se si accolgono le soluzioni proposte in riferimento alle due opzioni indicate poc'anzi *sub a)* e *sub d)*, il discorso riguardante le due ipotesi intermedie è per lo più impostato nelle sue linee generali.

Nell'ipotesi *sub b)*, ovvero nel caso in cui la domanda sia proposta da un gruppo di consumatori riuniti in comitato, il controllo della rappresentatività dovrà essere condotta in termini simili a quelli utilizzati nell'ipotesi in cui un singolo consumatore agisca individualmente. In questo caso non sussiste un vero e proprio filtro tra singolo e attività giuridico-processuale espletata. Ciononostante un certo rilievo va comunque attribuito alla formula organizzativa impiegata, in quanto questa faciliterà il reperimento di fondi adeguati per finanziare l'iniziativa; fondi necessari per sopportare i costi della pubblicità da dare ad una eventuale ordinanza di ammissibilità, per fornirsi di un collegio difensivo dotato di specifiche e comprovate conoscenze tecniche riguardanti il caso in questione e così via.

¹⁰⁷ Cfr. sul punto CARRATTA, A., *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, cit., p. 315 ss., spec. p. 328, che già in riferimento alla precedente formulazione dell'art. 140-bis c. cons. riteneva dubbio sotto il profilo costituzionale, nonché sul piano dell'opportunità ritenere il giudice vincolato a riconoscere l'adeguata rappresentatività in capo alle associazioni inserite nell'elenco ministeriale; cfr. anche BRIGUGLIO, A., *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 14 e 66, secondo cui, anche alla luce della precedente formulazione del rimedio, in cui la valutazione di adeguata rappresentatività riguardava solo i comitati e le associazioni non riconosciute, era possibile che il giudice negasse la legittimazione ad agire alle associazioni previste dall'art. 137 c. cons. sulla base di una verifica in concreto del loro operato.

Nell'ipotesi *sub c)*, invece, ovvero nel caso in cui il consumatore dia mandato ad una associazione non iscritta nell'elenco tenuto presso il Ministero dello sviluppo economico, il sindacato giudiziale potrà comunque impiegare come criteri di indirizzo i requisiti richiesti dall'art. 137 c. cons.¹⁰⁸, volti a verificare: – l'esclusività dello scopo associativo¹⁰⁹; – la serietà e l'affidabilità dei rappresentanti legali dell'associazione¹¹⁰; – la democraticità dell'organizzazione¹¹¹; – la diffusione sul territorio¹¹²; – la traspa-

¹⁰⁸ Cfr. anche il meno analitico art. 13, comma 1, l. n. 349/86, secondo cui «Le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni sono individuate con decreto del Ministro dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna, previo parere del Consiglio nazionale per l'ambiente da esprimere entro novanta giorni dalla richiesta. Decorso tale termine senza che il parere sia stato espresso, il Ministro dell'ambiente decide».

¹⁰⁹ Cfr. art. 137, comma 2, lett. *a)*: «avvenuta costituzione, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, da almeno tre anni e possesso di uno statuto che [...] preveda come scopo esclusivo la tutela dei consumatori e degli utenti, senza fine di lucro».

¹¹⁰ Cfr. art. 137, comma 2, lett. *f)*: «non avere i suoi rappresentanti legali subito alcuna condanna, passata in giudicato, in relazione all'attività dell'associazione medesima [...]».

¹¹¹ Cfr. art. 137, comma 2, lett. *a)*: «avvenuta costituzione, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, da almeno tre anni e possesso di uno statuto che sancisca un ordinamento a base democratica [...]».

¹¹² Cfr. art. 137, comma 2, lett. *c)*, che richiede un «numero di iscritti non inferiore allo 0,5 per mille della popolazione nazionale e presenza sul territorio di almeno cinque regioni o province autonome, con un numero di iscritti non inferiore allo 0,2 per mille degli abitanti di ciascuna di esse, da certificare con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà resa dal legale rappresentante dell'associazione con le modalità di cui agli articoli 46 e seguenti del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445»; cfr. anche il comma 5, secondo cui «all'elenco di cui al presente articolo possono iscriversi anche le associazioni dei consumatori e degli utenti operanti esclusivamente nei territori ove risiedono minoranze linguistiche costituzionalmente riconosciute, in possesso dei requisiti di cui al comma 2, lettere *a)*, *b)*, *d)*, *e)* e *f)*, nonché con un numero di iscritti non inferiore allo 0,5 per mille degli abitanti della regione o provincia autonoma di riferimento, da certificare con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà resa dal legale rappresentante dell'associazione con le modalità di cui agli articoli 46 e seguenti del citato testo unico, di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 2000».

renza e la solidità finanziaria¹¹³; – la continuità dell'azione¹¹⁴; – l'assenza di conflitto di interessi¹¹⁵.

Il loro impiego dovrà – peraltro – essere tendenziale e tener conto almeno di due ordini di considerazioni.

In primo luogo tali criteri ed in particolare quelli relativi alla diffusione sul territorio nazionale, o anche quello concernente l'esclusività dello scopo associativo, dipendono da un'idea di rappresentatività strettamente legata al ruolo di interprete esclusivo degli interessi collettivi dei consumatori riconosciuto alle associazioni previste dall'art. 137 c. cons.

In secondo luogo i requisiti ivi previsti sono stati prefigurati per una verifica della rappresentatività in astratto, mentre nel giudizio *ex art. 140-bis c. cons.* la verifica deve operare anche in concreto, sicché, come nel caso in cui la domanda sia proposta da parte delle associazioni riconosciute su mandato del consumatore, in punto di principio non deve escludersi la possibilità di dare rilievo ad eventuali dati concreti emergenti all'interno del giudizio.

3.3. *Le condizioni di ammissibilità implicite*

3.3.1. *In generale*

Come già anticipato, è opportuno chiedersi se oltre ai requisiti che la legge contempla espressamente al comma 6 dell'art.

¹¹³ Cfr. art. 137, comma 2, lett. *b*) («tenuta di un elenco degli iscritti, aggiornato annualmente con l'indicazione delle quote versate direttamente all'associazione per gli scopi statutari»), nonché lett. *d*) («elaborazione di un bilancio annuale delle entrate e delle uscite con indicazione delle quote versate dagli associati e tenuta dei libri contabili, conformemente alle norme vigenti in materia di contabilità delle associazioni non riconosciute»).

¹¹⁴ Cfr. art. 137, comma 2, lett. *e*): «svolgimento di un'attività continuativa nei tre anni precedenti».

¹¹⁵ Cfr. art. 137, comma 2, lett. *f*), che richiede che rappresentanti legali non abbiano «la qualifica di imprenditori o di amministratori di imprese di produzione e servizi in qualsiasi forma costituite, per gli stessi settori in cui opera l'associazione», nonché il comma 3, stando al quale «alle associazioni dei consumatori e degli utenti è preclusa ogni attività di promozione o pubblicità commerciale avente per oggetto beni o servizi prodotti da terzi ed ogni connessione di interessi con imprese di produzione o di distribuzione».

140-*bis* c. cons., ve ne sia altri, impliciti, di cui il giudice debba tener conto al fine di ammettere o meno la domanda di classe.

L'interrogativo è giustificato dall'osservazione delle legislazioni straniere, che sovente prevedono elenchi più numerosi e maggiormente dettagliati di condizioni di ammissibilità. Inoltre, come già emerso dalle prime applicazioni giurisprudenziali, posto che – come detto – il sindacato di ammissibilità concerne profili che attengono alla sussistenza ed al corretto esercizio del potere di azione, bisogna chiedersi quale sia il rapporto tra il controllo delle condizioni di ammissibilità e la verifica delle condizioni dell'azione.

Impostata la riflessione nei termini ora indicati, si può sin d'ora distinguere tra le condizioni non espressamente indicate dal comma 6, ma che in ogni caso la legge altrove contempla e le condizioni che invece non figurano nelle varie disposizioni dell'art. 140-*bis* c. cons. e che riguardano la natura della controversia e la sua compatibilità con il processo di classe.

3.3.2. *Le condizioni non nominate nella norma e non legate alla natura della controversia*

3.3.2.1. *Il rispetto dell'ambito di applicazione*

Leggendo con attenzione il comma 6 dell'art. 140-*bis* c. cons., si nota che la parte della norma in cui è indicato il requisito di identità come una delle condizioni necessarie per poter ammettere il giudizio di classe si riferisce ai «diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2», ma il fatto che l'azione collettiva sia esercitata per la tutela di questi diritti, ovvero all'interno dell'ambito oggettivo del rimedio non è contemplato espressamente come condizione di ammissibilità.

D'altro canto, come meglio vedremo nel prossimo capitolo, una cosa è la relazione di identità, altra cosa è la natura dei diritti che possono essere tutelati con l'azione di classe.

La seconda questione indica il perimetro maggiore di rilievo eminentemente sostanziale entro cui poter applicare il rimedio,

la prima invece circoscrive ulteriormente l'applicazione del rimedio su di un piano più propriamente processuale, cioè non per una scelta *a priori* dettata dal legislatore riguardo alla natura degli interessi tutelati (ad esempio tutela degli interessi dei consumatori e non degli interessi ambientali), ma in relazione a valutazioni che, pur trovando la loro radice nella disciplina sostanziale del rapporto hanno rilievo solo all'interno del processo.

Così possono essere tutelati i diritti contrattuali (ambito di applicazione) a contenuto risarcitorio o restitutorio anche relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 o 1342 c.c., oppure spettanti ai consumatori finali di un certo prodotto, oppure ancora i diritti volti al ristoro del pregiudizio causato al consumatore da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali. Ma questi diritti possono essere tutelati solo quando sono identici, ovvero quando, oltre a rientrare nell'ambito di applicazione, hanno le caratteristiche già indicate poc'anzi.

Come risolvere, allora, il caso in cui l'azione sia esercitata a tutela di una classe di soggetti che non rivestono la qualità di consumatori o con contenuti diversi da quelli poc'anzi indicati o derivanti da illeciti di diversa natura?

Una possibile soluzione è ritenere che le domande *ex art. 140-bis c. cons.* avanzate in relazione a fattispecie estranee ai presupposti di ammissibilità della tutela di classe siano dichiarate inammissibili per manifesta infondatezza; si adotti, cioè, una nozione di manifesta infondatezza più estesa e diretta a ricomprendere non solo le ipotesi in cui il merito dell'azione sia manifestamente infondato, ma anche i casi in cui la tutela di classe non possa essere ottenuta per quella tipologia di pretese.

Tuttavia la soluzione più piana sembra semplicemente quella di ritenere che la parte del comma 6 relativa al requisito di identità, nel riferire tale requisito ai «diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2» imponga al giudice di verificare anche l'appartenenza della pretesa al novero delle controversie tutelabili con l'azione di classe.

3.3.2.2. *L'appartenenza del consumatore proponente alla classe*

Diverso è il caso in cui riguardo alla classe si realizzino le condizioni da cui dipende l'ammissibilità dell'azione, ma, esaminando la posizione del proponente, sia questa ad essere diversa dalla classe.

Detta ipotesi si può verificare per le più svariate ragioni: il consumatore proponente ha già concluso una transazione con il convenuto, oppure il consumatore proponente non è stato colpito dall'illecito o non ha subito l'inadempimento, oppure addirittura il proponente non è consumatore o ancor di più la situazione del proponente è al di fuori dell'ambito di applicazione.

In tutti questi casi, il proponente semplicemente non appartiene alla classe.

È la situazione verificatasi nella causa promossa dal Codacons davanti al Tribunale di Torino per la tutela degli interessi di una classe di consumatori a cui erano state applicate clausole contrattuali illegittime¹¹⁶.

Il consumatore proponente, pur legato da rapporto contrattuale con l'impresa convenuta, non aveva subito l'illecito sulla base del quale era possibile ricostruire la classe.

Il Tribunale, con un provvedimento supportato da ampia motivazione, ha dichiarato inammissibile la domanda ritenendo insussistente l'interesse ad agire in capo all'attore; e ciò muovendo dalla premessa in punto di diritto secondo cui «l'ammissibilità della domanda, presuppone [...] la sussistenza delle condizioni

¹¹⁶ T. Torino, 4 giugno 2010, cit.; nello specifico, il Tribunale di Torino ha ritenuto che la disomogeneità della posizione sostanziale del consumatore proponente rispetto alla classe dovesse essere qualificata in termini di difetto di interesse ad agire con l'azione di classe, in quanto, nel caso di specie, il proponente non aveva subito l'inadempimento addebitato all'impresa convenuta. Questa soluzione, corretta nel risultato, ovvero nella declaratoria di inammissibilità, non appare tuttavia corretta nelle premesse, in quanto nel giudizio di classe rileva l'interesse ad agire in forma collettiva (su cui, v. *infra*, 3.3.3.1.). Nel caso risolto dal Tribunale di Torino la lesione dei diritti dei consumatori appartenenti alla classe si era realizzata e pertanto l'interesse ad agire non difettava affatto. Di contro, era l'attore collettivo che, in violazione di quanto previsto dal primo comma dell'art. 140-*bis* c. cons., non era un «componente» della classe.

dell'azione» e «sotto tale profilo [...] non va fatto riferimento ad un interesse ad agire ed ad una legittimazione di classe diversi da quelli che presiedono alla legittimazione nelle azioni individuali».

Tuttavia, tale premessa non risulta pienamente condivisibile, costituendo una limpida espressione di come il nuovo rimedio corra il rischio di essere letto alla luce della dogmatica tradizionale del processo individuale.

Nel giudizio di classe la domanda di tutela riguarda la classe che agisce attraverso un suo componente.

L'interesse ad agire sussiste nella misura in cui esista una classe di consumatori lesi, ovvero si rappresenti l'esistenza di un gruppo di consumatori titolari di diritti omogenei a contenuto risarcitorio o restitutorio.

Quando è solamente la condizione di appartenenza del proponente alla classe a mancare, il bisogno di tutela giurisdizionale collettiva della classe dei consumatori non difetta e la pronuncia di inammissibilità della domanda deve fondarsi su requisiti riferibili al solo proponente.

Se si ritiene opportuno contemplare requisiti di ammissibilità impliciti accanto a quelli elencati al comma 6, allora si potrà dichiarare l'inammissibilità fondandola direttamente sulla non appartenenza del consumatore proponente alla classe. Diversamente, si potrà far perno o sul difetto di adeguata rappresentatività oppure, come detto addietro, sul conflitto di interessi, cioè su quei requisiti di ammissibilità che gettano luce sulla posizione del proponente rispetto alla classe e che a ben vedere contribuiscono a individuare il legittimato ad agire, ovvero il soggetto che la legge individua come colui che può proporre la domanda di tutela della classe dei consumatori lesi¹¹⁷.

¹¹⁷ In questo senso, anche ZUFFI, B., *La duplice débauche subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di reclamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio per il diniego dell'accesso agli atti della Banca d'Italia*, cit., spec. p. 2614; ID., *La corte d'appello di Torino riconosce all'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. esclusiva funzione condannatoria, respingendo i dubbi di costituzionalità avanzati in merito al c.d. filtro*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 525 ss., spec. p. 527 ss. Diversa l'impostazione di MENCHINI, S., *I primi provvedimenti*

3.3.3. *Le condizioni non nominate nella norma e legate alla natura della controversia*

3.3.3.1. *L'interesse ad agire in via collettiva*

Come accennato nelle precedenti considerazioni a carattere introduttivo, occorre interrogarsi se, oltre alle condizioni di ammissibilità non indicate analiticamente dal comma 6, ma comunque previste da altre parti dell'art. 140-*bis* c. cons., il giudice debba tener conto anche di altri requisiti in forza di considerazioni di ordine sistematico.

Che la domanda non sia oziosa lo dimostra il fatto che negli ordinamenti stranieri la *class action* è ammessa al ricorrere di un numero maggiore di condizioni e la maggior parte di queste inducono il sindacato giudiziale a valutazioni concernenti le caratteristiche specifiche della controversia.

Nel precedente art. 140-*bis* c. cons. era previsto che il giudice dovesse ammettere la domanda qualora ravvisasse l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela in forma collettiva. Tale previsione, a taluni era apparsa superflua e ridondante¹¹⁸, per altri, invece, poteva esser valorizzata per esten-

relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo, cit., § 2, che ritiene che in tal caso il tribunale avrebbe dovuto dichiarare inammissibile la domanda per manifesta infondatezza, in quanto, già in ipotesi, il fatto denunciato non riguardava il proponente; soluzione, quest'ultima, che non ci sentiamo di condividere, posto che, nel caso si specie l'elemento mancante riguardava il proponente e non la classe; sicché era più corretto provvedere dichiarando inammissibile la domanda per la mancanza di requisiti riferibili al soggetto che ha proposto la domanda. Nel caso di specie, l'ordinanza del Tribunale non ha statuito la mancanza dell'azione in capo alla classe, ma ha solamente accertato che il soggetto che aveva proposto la domanda non era quello corretto: difettoso esercizio del potere, quindi, e non insussistenza del medesimo. Per queste stesse ragioni non si tiene possa essere accolta la soluzione proposta da RUGGERI, E., *È inammissibile la prima class action risarcitoria proposta in Italia*, cit., p. 1498 ss., che, sulla scorta di una lettura sattiana del potere di azione di classe, ritiene che il difetto di interesse ad agire debba dar luogo ad una dichiarazione di inammissibilità per manifesta infondatezza. Questa impostazione risulta, invece, corretta – a nostro parere – quando è la classe a non essere stata lesa e l'ordinanza di ammissibilità accerta – sebbene a nostro parere sempre senza portata preclusiva – l'insussistenza del potere di classe.

¹¹⁸ Così, GIUSSANI, A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, p. 228 s.

dere il sindacato giudiziale su profili della controversia comunque utili al fine di decretare l'autorizzazione a procedere in forma collettiva¹¹⁹.

In ogni caso questo era l'unico requisito che poteva indurre il giudice ad una verifica dei caratteri della fattispecie concreta al fine di valutare l'utilità di procedere in forma collettiva; le altre due condizioni erano, infatti, solo la manifesta infondatezza della domanda e la sussistenza di un conflitto di interessi. E non a caso la più assoluta incertezza gravava sulla determinazione esatta di quale fosse l'oggetto e la funzione dell'azione collettiva risarcitoria così come era precedentemente delineata dal legislatore¹²⁰.

Ora, nella nuova formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons. figura, come visto, il requisito di identità. Di certo questo è un passo avanti. Timoroso e non dei migliori, ma è un comunque un passo avanti.

Se si guardano, però, come si diceva, le esperienze straniere, viene il dubbio che qualcosa manchi alla nostra azione di classe sotto questo specifico profilo.

Esaminando con attenzione la *rule 23*, si nota che la possibilità di procedere in via giurisdizionale collettiva dipende nelle azioni di classe risarcitorie dal concorso di diverse condizioni più o meno direttamente legate alla natura della controversia; oltre alla *commonality*, che da noi dovrebbe essere rappresentata dal requisito di identità: *numerosity*, *predominance* e *superiority*.

La *class action* federale statunitense, quindi, può essere ammessa solo quanto il proponente porta davanti al giudice una controversia in cui la classe è così numerosa da rendere impraticabile un processo in regime di litisconsorzio, sussistono questioni di fatto o di diritto comuni alla classe, tali questioni sono

¹¹⁹ V. CONSOLO, C., in *Profili processuali generali, rito applicabile e fase preliminare del c.d. «filtro» giurisdizionale sull'ammissibilità dell'azione collettiva*, cit., p. 158; cfr. anche il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 849 s., per consentire una valutazione dell'ampiezza numerica della classe, nonché p. 873 per rendere possibile un controllo più elastico sull'oggetto del giudizio.

¹²⁰ Cfr., *infra*, cap. V, § 2.

predominanti rispetto a quelle differenziate, nonché l'azione di classe si presenta come lo strumento che più degli altri garantisce un processo giusto ed efficiente.

Va rimarcato che nessuno dei requisiti poc'anzi ricordati o delle questioni da ultimo indicate operano solitariamente, ma al contrario operano in concorso reciproco. Costituiscono, cioè i distinti fili di una rete che nel suo complesso filtra il processo tenendo fuori le controversie non rispondenti ai criteri di funzionamento del giudizio di classe.

L'interrogativo che occorre, allora, porsi è il seguente: vi sono ulteriori profili di cui bisogna tener conto al fine di ammettere la domanda di classe? E poi, ancor prima di individuarli, su quale base è possibile giustificare un ulteriore sindacato sulla domanda di classe?

Il secondo quesito è forse il più delicato, in quanto l'elencazione puntuale del comma 6 potrebbe giustamente favorire una interpretazione restrittiva delle condizioni di ammissibilità¹²¹.

Se così fosse e qualora si riuscisse a giustificare l'opportunità e la correttezza giuridica di estendere il controllo del giudice ad altri profili, occorrerebbe – come fatto in precedenza – ricondurre tale controllo ai requisiti giù contemplati, tra cui, in primo luogo, la manifesta infondatezza della domanda.

Ad ogni modo, rinviando al prosieguo l'individuazione di una possibile soluzione a tale problema, il punto centrale rimane comprendere perché il giudice dovrebbe procedere a valutazioni ulteriori rispetto a quelle già richieste dalla norma.

La risposta a tale interrogativo si può ottenere constatando che tutti i requisiti poc'anzi indicati e previsti dalla *rule 23*, avendo la funzione di indicare quando è possibile intervenire in via giurisdizionale collettiva per la risoluzione di una certa con-

¹²¹ In effetti, già in riferimento al precedente art. 140-*bis* c. cons. autorevole dottrina aveva osservato che la previsione di uno specifico filtro di ammissibilità dell'azione costituisse una disposizione a carattere eccezionale ed in quanto tale di stretta interpretazione: cfr. CARRATTA, A., *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, cit., spec. p. 729; ID., *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, cit., p. 335.

troversia con particolari caratteristiche, sostanziano quello che nel nostro ordinamento dovrebbe essere ricostruito in termini di *interesse ad agire in via collettiva* e garantiscono che il giudizio sia in grado di rispondere – nel rispetto dei principi costituzionali del giusto processo – alle finalità che sin dal primo capitolo sono state evidenziate come quelle proprie della tutela collettiva risarcitoria: effettività, deterrenza ed economia processuale.

Come è noto il nostro codice di procedura civile contempla in generale un sindacato circa l'utile esercizio dell'azione all'art. 100 c.p.c., secondo cui per agire o contraddire in giudizio occorre avervi interesse.

Il significato di questa norma ed ancor più le sue concrete possibilità di applicazione sono da tempo controverse.

Sin dalla impostazione chiovendiana dell'azione, infatti, l'interesse ad agire ha ricevuto il compito di aprire o chiudere le porte del processo a quelle richieste di tutela non riconducibili alla comune figura della tutela di condanna; in particolare riferimento a quelle situazioni in cui poteva apparire opportuno anticipare la soglia di giustiziabilità delle pretese in chiave preventiva.

Fortunatamente non è questa la sede per affrontare questo spinoso problema. Basta osservare che, sebbene si possa caricare la nozione di significati ulteriori, la funzione essenziale dell'interesse ad agire è quella di garantire l'accesso alla tutela giurisdizionale allorquando la precettività delle disposizioni sostanziali non riesce da sola a realizzare il conseguimento delle utilità promesse al titolare del diritto¹²².

In riferimento all'azione di classe, l'interesse ad agire non andrebbe semplicemente inteso come l'interesse del creditore-

¹²² Sull'interesse ad agire, v. ATTARDI, A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1958; ID., *Interesse ad agire*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Torino, 1993, IX, p. 514 ss.; LANFRANCHI, L., *Note sull'interesse ad agire*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1093 ss.; SASSANI, B., *Note sul concetto d'interesse ad agire*, Napoli, 1993; ID., *Interesse ad agire*, in *Enc. giur. Trecc.*, XVII, Roma, 1989; GHIRGA, M.F., *La meritevolezza della tutela richiesta: contributo allo studio dell'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004; MARINELLI, M., *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005.

consumatore rimasto insoddisfatto ad adire le vie giudiziali¹²³, ma più specificamente ad ottenere la tutela giurisdizionale del proprio diritto in forma collettiva anziché in forma individuale (singola o aggregata) e questa possibilità, come visto, dipende strettamente dalle caratteristiche concrete della controversia.

Tornando all'art. 140-*bis* c. cons., la verifica della sussistenza dell'interesse ad agire *ex art. 140-bis* c. cons. già appartiene al sindacato di ammissibilità previsto dal comma 6; e vi appartiene sotto forma di controllo del rapporto di identità che lega i diritti individuali dei consumatori appartenenti alla classe.

Dalla sussistenza o meno del requisito in questione deriva, infatti, l'utilità o meno di procedere in forma collettiva anziché individuale; tuttavia tale requisito è l'unico che si prende carico di rispondere a questa esigenza e, come a breve esamineremo, proprio facendo perno sulla clausola generale dell'art. 100 c.p.c., è bene estendere il controllo giudiziale anche ad altri profili.

3.3.3.2. *Il numero dei consumatori appartenenti alla classe ed altre valutazioni*

Nella ricerca dei requisiti legati alla natura della controversia, che, come il requisito di identità, abbiano il compito di condurre il giudice ad un esame del caso concreto al fine di verificare se il giudizio di classe sia rispetto ad esso utile o meno, è evidente che le esperienze straniere costituiscano un valido aiuto.

Rimanendo alla *rule 23*, ad esempio, in riferimento alle *damages class actions*, il giudice certifica l'azione non solo se ricorre la *commonality*, ma anche se sussistono i tre ulteriori requisiti che abbiamo già avuto modo di menzionare: *numerosity*, *predominance* e *superiority*.

Che questi requisiti servano a verificare se in concreto il giudizio di classe sia utile o meno, cioè se il giudizio di classe appaia lo strumento concretamente idoneo a realizzare le diverse finalità proprie della tutela collettiva risarcitoria, lo dimostra chiara-

¹²³ In questi termini, invece, la prima giurisprudenza: v. T. Torino, 4 giugno 2010, cit.; T. Roma, 25 marzo 2011, cit.; su cui, cfr. *retro*, nota 116.

mente la stessa norma poc'anzi richiamata nel prevedere che il giudice, nel valutare la sussistenza dei predetti requisiti, debba tener conto delle seguenti questioni: – l'interesse di ciascun membro a condurre un separato giudizio individuale sulla propria pretesa¹²⁴; – lo stato e la natura di ogni causa individuale già avviata concernente la controversia collettiva¹²⁵; – l'opportunità di concentrare le diverse cause in un unico foro¹²⁶; le difficoltà che potranno incontrarsi nella gestione collettiva della controversia¹²⁷.

Occorre a questo punto chiedersi se il giudice debba operare tutte queste valutazioni o alcune di esse anche in ordine alla dichiarazione di ammissibilità dell'azione di classe *ex art. 140-bis c. cons.*

Per rispondere a questo interrogativo occorre, peraltro, ben intendere il significato da attribuire al requisito di «identità» così come questo è previsto all'interno del nostro giudizio di classe.

Come vedremo nel prossimo capitolo e come già accennato brevemente poc'anzi, il requisito di identità sussiste quando la fattispecie dei diritti «omogenei» da tutelare presentano tra loro un rapporto di comunanza.

Più precisamente, per quel che riguarda l'estensione di tale rapporto, il coordinato disposto dei commi 1 e 12 indica che la *parte comune* ai diversi diritti deve coprire almeno le questioni giuridiche sulla base delle quali è dato accertare la responsabilità della parte imprenditoriale. La possibilità di determinare la responsabilità del convenuto costituisce, quindi, il grado minimo di comunanza, o, se si vuole, di identità, sotto il quale la legge non consente di andare.

È dunque possibile che sussista anche una *parte differenziata*, ma questa, a seconda dei casi, può coprire al massimo l'arco delle questioni da cui dipende l'estensione della responsa-

¹²⁴ Cfr. FCPR 23 (b) (3) (A).

¹²⁵ Cfr. FCPR 23 (b) (3) (B).

¹²⁶ Cfr. FCPR 23 (b) (3) (C).

¹²⁷ Cfr. FCPR 23 (b) (3) (C).

bilità, ovvero le questioni da cui dipende la determinazione del *quantum* dovuto.

Questo discorso si correla, come vedremo, con le tipologie di pronunce di accoglimento previste dal comma 12 dell'articolo e difatti l'azione è ammissibile solo quando può condurre ad una pronuncia dichiarativa della responsabilità (sostanzialmente assimilabile ad una sentenza di condanna generica), oppure ad una sentenza di condanna, o ancora, eventualmente, ad una condanna provvisoria.

Ciò significa che nella nostra azione di classe il legislatore ha predeterminato i possibili sbocchi decisori ed al contempo – come ulteriormente chiariremo¹²⁸ – ha escluso che all'interno del giudizio abbiano ingresso le questioni personali riguardanti a titolo particolare i singoli aderenti.

Alla luce di questa premessa, valutazioni più articolate circa l'utilità del giudizio di classe in ordine al raggiungimento in concreto delle sue finalità hanno spazio solo al fine di verificare se, in presenza di un rapporto di comunanza tale da garantire o una sentenza dichiarativa della responsabilità o la condanna dell'imprenditore, le due pronunce appena indicate sono utili alla classe.

Esemplificando: rispetto ad un illecito a rilevanza locale che ha colpito un numero modesto di consumatori che aspirano ad ottenere un risarcimento elevato, è utile l'azione di classe, che, per l'estensione del rapporto di identità concretamente presente tra i diritti, può solo determinare la responsabilità del convenuto?

Come dimostra questa banale ipotesi or ora formulata, sono diversi i profili che potrebbero essere valutati nella prospettiva dell'ammissibilità.

È piuttosto singolare, ad esempio, che, come il precedente, anche il nuovo art. 140-*bis* c. cons. non dica nulla riguardo all'ampiezza della classe, visto che la stessa ragion d'essere del rimedio è legata all'alto numero dei consumatori pregiudicati, cioè alla prospettiva indiscutibile di risolvere un contenzioso di massa, più o meno seriale, che, in assenza dell'azione di classe,

¹²⁸ Cfr. *infra*, cap. V, §§ 3. ss.

non troverebbe adeguata soluzione mediante l'impiego dei rimedi già presenti nell'ordinamento.

Riguardo a tale questione sussiste solo un fugace e scontato riferimento alla lettera *a*) del comma 2 dell'articolo laddove si parla di «diritti contrattuali di una *pluralità* dei consumatori».

D'altro canto pare contrario all'essenza del rimedio escludere che il giudice possa evitare un sindacato sull'utilità del processo di classe sotto questo specifico profilo¹²⁹.

Ma una volta entrati in questa prospettiva emerge chiara la necessità di non fare della questione un problema meramente numerico e quantitativo, dovendosi al contrario tener conto di un maggior numero di variabili.

Se si guarda il panorama comparatistico si assiste ad un quadro generale assai vario e sfaccettato in cui non mancano ordinamenti che prevedono soglie numeriche fisse anche piuttosto esigue¹³⁰.

Ma previsioni di tal fatta sono contrarie alle esigenze della tutela collettiva risarcitoria, che, come già detto, vede nell'elasticità ad ogni livello la principale risposta alla complessità. E da questo punto di vista la soluzione accolta nell'ordinamento federale statunitense risulta quella maggiormente conforme alla direttrice di metodo appena indicata¹³¹.

¹²⁹ Parte della dottrina ammette che si debba tener conto del numero dei consumatori appartenenti alla classe: cfr. BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., 1027; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-A., MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1455 ss.; *contra*, PAGNI, I., *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, cit., p. 367. In riferimento alla precedente norma, facendo perno sulla specifica condizione di ammissibilità ivi prevista (l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela con l'azione collettiva risarcitoria), v. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 849 s.; cfr. anche AMADEI, D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, cit., p. 944 e 950.

¹³⁰ Per approfondimenti, v. MULHERON, R., *The Class Action in common law legal system, A Comparative Perspective*, Oxford, 2004, p. 115 ss.

¹³¹ Osserva KLONOFF, R.H., *Class actions and Other Multi-Party Litigation*, St. Paul (Minn), 2007, p. 34 s., che talune corti americane si affidano ad un numero minimo di partecipanti alla classe, ma in altre decisioni si è osservato che affidarsi ad un numero prefissato *a priori* è inappropriato, mentre occorre valutare le circostanze di

Chiarito dunque *a)* che ai fini dell'ammissibilità della domanda di classe il giudice deve valutare l'interesse ad agire in via collettiva, *b)* che tra le questioni da valutare emerge in primo luogo il numero dei consumatori colpiti dall'illecito, *c)* che l'ampiezza della classe ai fini della valutazione dell'interesse ad agire in via collettiva va valutata non in senso assoluto, ma tendendo conto, da un lato, delle possibili soluzioni decisorie a cui il giudizio può pervenire, nonché, dall'altro, delle diverse variabili ed esigenze che animano il giudizio di classe, si può formulare un prospetto di elementi da prendere in esame al fine di operare tale delicata valutazione.

Il punto di partenza deve essere il quadro funzionale entro cui inserire l'azione di classe, ovvero il fatto che l'azione di classe *ex art. 140-bis c. cons.* costituisce un rimedio *alternativo* ed *aggiuntivo* ai rimedi individuali o individual-plurisoggettivi già previsti dal nostro ordinamento; rimedio che si pone come obiettivo primario quello di garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti dei consumatori (artt. 3, comma 2, 24, comma 1, Cost.) nel rispetto:

- del diritto di difesa e del giusto processo spettante alla parte imprenditoriale (artt. 24, comma 2, 111, comma 2, Cost.);
- del diritto di azione, di difesa e del giusto processo spettanti ai consumatori aderenti, nonché anche non aderenti (visto che in ogni caso perdono la possibilità di procedere in via collettiva) (artt. 24, comma 1 e 2, 111, comma 2, Cost.);
- del principio di economia processuale e della ragionevole durata del processo (artt. 3, comma 2, 24, comma 1, 111, comma 2, Cost.).

Posto che riguardo all'oggetto la legge formula una soluzione sostanzialmente rigida e binaria, l'attenzione deve essere

fatto proprie di ogni caso. Va anche tenuto conto che la verifica della *numerosity* può rilevare meno nelle *injunctive class actions*, nelle quali, peraltro, occorre tener conto anche dei soggetti che potrebbero essere lesi in futuro e che non sono ancora stati toccati dalla condotta illecita, mentre nelle *damages class actions* può talora essere evidente ed incontestata la grande dimensione della classe, mentre nei casi effettivamente dubbi può essere fornita la prova su basi presuntive. Cfr. anche CONTE, A.-NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, cit., § 3:5.

concentrata sul valore integrativo e di completamento del rimedio, nonché sugli obiettivi di efficienza processuale dettati dal principio della ragionevole durata, che deve essere inteso non solo nella prospettiva (micro-economica) limitata al punto di vista della singola causa individuale, ma anche in una prospettiva aggregata e generale di aggravamento del complessivo carico giudiziale (macro-economica)¹³².

In questa prospettiva funzionale, il problema dell'interesse ad agire in dipendenza dal numero degli appartenenti alla classe deve allora tener conto di una serie di variabili indicate qui di seguito:

a) il giudizio può condurre ad un accertamento della responsabilità oppure alla condanna dell'imprenditore;

b) la somma di denaro richiesta può essere modesta oppure elevata;

c) il grado di complessità della controversia e la difficoltà nel provare il fondamento della propria pretesa possono essere maggiori o minori;

d) tale grado di complessità e difficoltà può concentrarsi nelle questioni comuni oppure, se ce ne sono, nelle questioni differenziate;

e) l'illecito può avere colpito un elevato numero di soggetti o un numero più ristretto;

f) i consumatori colpiti sono distribuiti su tutto il territorio nazionale (o comunque su gran parte di esso) oppure sono concentrati in una collocazione territoriale limitata;

g) le alternative al giudizio di classe sono il giudizio individuale, quando e nei limiti in cui è possibile, il litisconsorzio facoltativo *ex art. 103 c.p.c.*, nonché, a seconda di come venga ricostruita, l'azione inibitoria *ex artt. 139 e 140 c. cons.*¹³³

¹³² Sul punto, esemplarmente, cfr. la CPR 1.1., su cui, sia consentito il rinvio al nostro *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di case management giudiziale*, in *Davanti al giudice, Studi sul processo societario*, a cura di L. Lanfranchi e A. Carratta, Torino, 2005, p. 515 ss., spec. p. 541 ss.

¹³³ Cfr. *infra*, cap. V, § 5.

b) riguardo all'illecito sono stati già avviati giudizi individuali;
i) riguardo all'illecito sono state già esercitate azioni collettive inibitorie.

Queste sono alcune delle variabili da prendere in considerazione ed ovviamente le combinazioni che in concreto possono venirsi a realizzare sono numerose e strettamente legate alla fattispecie concreta.

Le diverse ipotesi andranno a porsi lungo un arco di possibili soluzioni delimitato da due opposte situazioni: la più vantaggiosa da un lato (alto numero di consumatori, illecito a rilevanza nazionale, bassa somma richiesta a titolo individuale, possibilità di condanna definitiva della parte imprenditoriale, ecc.) e la più svantaggiosa dall'altro (basso numero di consumatori, illecito a rilevanza locale, elevata somma richiesta a titolo individuale, impossibilità di pervenire a pronuncia di condanna definitiva, elevato grado di complessità concentrato nelle questioni differenziate, ecc.).

Le maggiori difficoltà sorgeranno nel valutare le situazioni intermedie, nelle quali, a seconda del *mix* di circostanze appartenenti al caso concreto, l'ago della bilancia si sposterà verso l'utilità del giudizio di classe o verso l'inopportunità di procedere in via collettiva anziché individuale.

3.3.3.3. *Il numero degli aderenti*

Dalle considerazioni sinora svolte emerge piuttosto chiaramente che il problema della c.d. *numerosity*, ovvero la verifica dell'interesse ad agire in via collettiva in ragione del numero dei soggetti che si ritiene siano appartenenti alla classe, è distinto e separato da quello relativo al numero dei consumatori che aderiscono all'azione.

D'altro canto, tale distinzione, ben individuabile su di un piano astratto di riflessione, può sfumare dando luogo a possibili interferenze passando al piano concreto.

La prima ipotesi d'interferenza, piuttosto ovvia e forse poco utile sul piano applicativo, si realizza quando il proponente nel

proporre la domanda si presenta con un numero già elevato di adesioni. Situazione che è facile si verifichi quando il consumatore dia mandato ad associazioni.

In questo caso l'interesse ad agire sussiste senz'altro ed è verificabile in concreto senza procedere ad una valutazione prognostica sulla base della natura della condotta posta in essere dall'imprenditore.

La seconda, invece, riguarda il caso in cui, dopo l'ordinanza di ammissibilità, nell'arco temporale previsto per aderire non vi siano state molte adesioni¹³⁴.

In questa ipotesi le alternative prospettabili sono due.

O il giudice ritiene che le mancate adesioni possano essere state determinate dal fatto che le modalità fissate *ex art. 140-bis*, comma 9, c. cons. non sono state le più opportune o ritiene che il giudizio prognostico che è stato effettuato per verificare l'ampiezza della classe non sia stato corretto.

Nel primo caso il giudice dovrà ordinare una nuova pubblicità integrativa della precedente¹³⁵; nel secondo caso, invece, la soluzione più piana all'interrogativo proposto è quella di ritenere che – per l'appunto – il giudizio vada chiuso per difetto di interesse ad agire, poiché, in concreto, non vi sono consumatori in-

¹³⁴ Una possibile complicazione potrebbe sussistere qualora si leggesse il disinteresse manifestato dai consumatori come un sintomo dell'infondatezza nel merito della domanda. Tuttavia l'ipotesi appare piuttosto difficile a realizzarsi, quantomeno quando la domanda sia proposta da note associazioni consumeristiche, in quanto in tal caso la pubblicizzazione della domanda collettiva difficilmente indurrà i consumatori ad aderire interrogandosi con profondità sulla fondatezza della loro pretesa.

¹³⁵ Questa possibilità deriva pianamente dall'interpretazione delle norme che regolano i poteri di gestione processuale del tribunale. Il comma 11 dell'articolo attribuisce – infatti – al tribunale un potere di regolamentazione processuale, che deve essere esercitato assicurando «nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo» mediante ordinanze di programmazione modificabili e revocabili in ogni tempo. La parte in cui l'ordinanza di ammissibilità fissa i termini e le modalità della più opportuna pubblicità, va pianamente ricondotta a questo novero di poteri; sicché, nell'ipotesi poc'anzi indicata, qualora il giudice valutasse come opportuna una nuova pubblicizzazione eventualmente integrativa della prima, potrebbe senz'altro disporre in tal senso.

teressati al giudizio, sicché, in concreto, non ricorre l'utilità di procedere in via collettiva¹³⁶, poiché i risultati che in potenza si sarebbero potuti conseguire sul piano dell'effettiva della tutela giurisdizionale e su quello dell'economia processuale, all'atto pratico non sono raggiungibili¹³⁷.

3.3.4. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni appena svolte si può cercare di concludere il discorso attorno alle condizioni di ammissibilità che non figurano nel comma 6 dell'art. 140-*bis* c. cons. nei seguenti termini.

Alcune di queste, come ad esempio l'appartenenza del proponente alla classe oppure il rispetto dell'ambito di applicazione, sono comunque contemplate dalla legge, altre, invece, non lo sono.

Per le prime, il dato positivo giustifica senz'altro la necessità che il giudice ne verifichi la sussistenza al fine di ammettere la domanda di classe.

Le seconde riguardano un controllo della controversia al fine di verificare se il processo collettivo è utile nel caso concreto e per tale ragione, una corretta applicazione in questo ambito della clausola generale dell'art. 100 c.p.c. consente che siano prese in considerazione al fine di dichiarare ammissibile l'azione di classe.

¹³⁶ Così, puntualmente, TOMMASEO, F., *La partecipazione dei consumatori ai giudizi collettivi risarcitori (note sull'art. 140-bis del codice del consumo)*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, III, Napoli, 2010, p. 1835 ss., spec. p. 1839 e 1845, sebbene in riferimento all'ipotesi di mancanza assoluta di adesioni.

¹³⁷ In questo senso pare SANTANGELI, F.-PARISI, P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, cit., p. 240 ss.; relativamente al precedente art. 140-*bis* c. cons., v. AMADEI, D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. mer.*, 2008, 940 ss., spec. p. 949 ss.; *contra*, DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 157; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1470, nota 165; BOVE, M., *La trattazione nel processo di classe*, cit., p. 87, nota 7; ID., *Profili problematici dell'azione di classe*, cit., p. 1030 s., ma anche nota 14 e 18, secondo cui, in tal caso, il giudizio potrebbe limitarsi all'accertamento della questione comune, ovvero dell'illecito ed inoltre del giudicato ottenuto potrebbero avvantaggiarsene i consumatori anche non aderenti.

Se si ritiene che le condizioni di ammissibilità previste dal comma 6 siano tassative, occorre ricondurre i requisiti appena indicati a quelli espressamente contemplati. Diversamente, si può ritenere che, accanto alle condizioni esplicitamente indicate dal legislatore, ve ne siano comunque altre implicite che derivano dalla lettura complessiva delle diverse disposizioni del rimedio o da considerazione di ordine sistematico.

È la soluzione adottata da diverse corti statunitensi riguardo al requisito di appartenenza alla classe del proponente oppure riguardo alla necessità di poter determinare le caratteristiche della classe in funzione dell'esatta delimitazione degli effetti del giudizio¹³⁸.

Talvolta può accadere che le condizioni di ammissibilità esplicite o implicite vadano in parte a sovrapporsi con il controllo relativo alle condizioni dell'azione.

Questo accade riguardo alla legittimazione ad agire, all'interesse ad agire ed anche alla possibilità giuridica.

La soluzione che il legislatore ha dettato alla luce delle specifiche esigenze del rimedio è che tali profili siano assorbiti nel giudizio di ammissibilità¹³⁹.

¹³⁸ Cfr. *Harrington v. City of Albuquerque*, 222 F.D.R. 505, 509 (D.N.M. 2004); *In re A.H. Robins Co., Inc.*, 880 F.2d 709, 728 (4th Cir. 1989); *Stambaugh v. Kan. Dep't of Corrections*, 151 F.R.D. 664, 671 (D.Kan. 1993); *Jenson v. Taconite Eveleth Co.*, 139 F.R.D. 657, 659-660 (D.Minn. 1991). Per approfondimenti, v. KLONOFF R.H.-BILICH, E.K.M.-MALVEAUX, S.M., *Class Actions and Other Multi-Party Litigation, Cases and Materials*, cit., p. 53 ss. e 57 ss.

¹³⁹ Al riguardo, secondo un primo orientamento l'ordinanza di inammissibilità dovrebbe riguardare solo i requisiti previsti dal comma 6: in questo senso, v. MENCHINI, S., *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo*, cit., § 2; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1447; ritiene, invece, che le condizioni dell'azione rientrino nel requisito di manifesta infondatezza RUGGERI, E., *È inammissibile la prima class action risarcitoria proposta in Italia*, cit., p. 1498 ss.; in argomento, v. anche ZUFFI, B., *La duplice débauche subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di reclamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio per il diniego dell'accesso agli atti della Banca d'Italia*, cit., spec. p. 2614; ID., *La corte d'appello di Torino riconosce all'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. esclusiva funzione condannatoria, respingendo i dubbi di costituzionalità avanzati in merito al c.d. filtro*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 525 ss., spec. p. 527 ss.

L'appartenenza del consumatore proponente alla classe, l'adeguata rappresentatività, l'assenza di conflitto di interessi costituiscono requisiti più o meno riconducibili alla legittimazione ad agire.

La manifesta infondatezza assorbe il profilo della possibilità giuridica.

Il rapporto di identità, il numero dei consumatori aderenti, il numero dei consumatori appartenenti alla classe, nonché le ulteriori questioni poc'anzi indicate costituiscono profili riconducibili all'interesse ad agire.

La ragione che ha indotto il legislatore a disporre che queste questioni siano decise con ordinanza e non con sentenza è già stata indicata addietro, ovvero la necessità che il giudice risolva tali questioni in una fase preliminare al vero processo, poiché da tale soluzione dipende la possibilità stessa di procedere ad una tutela collettiva. Solo se sussistono certi requisiti, infatti, il processo di classe si pone come uno strumento di soluzione giurisdizionale della controversia congruo rispetto agli obiettivi e rispettoso delle garanzie processuali spettanti ai consumatori coinvolti nella vicenda.

Se correttamente interpretato, dunque, il filtro non solo appare esente da possibili censure di incostituzionalità, ma al contrario si dimostra uno strumento necessario per garantire che il processo di classe sia rispettoso dei principi del giusto processo¹⁴⁰.

L'altra ragione, come tra breve vedremo e come già in precedenza osservato, consiste nella necessità che il giudice non solo verifichi la sussistenza delle condizioni di ammissibilità *in limine litis*, ma continui a vigilare sul corretto esercizio dell'azione anche nel prosieguo.

Questo è chiaro, ad esempio, nel requisito di adeguata rappresentatività e nell'assenza di conflitto di interessi; condizioni che non sono solo di ammissibilità, ma anche di procedibilità in forma collettiva.

¹⁴⁰ Per le opinioni espresse dalla dottrina al riguardo, v. *retro*, nota 21.

3.4. *Il controllo dinamico delle condizioni di ammissibilità*

3.4.1. *Riguardo alla manifesta infondatezza*

Alla luce delle considerazioni svolte precedentemente riguardo alla natura del potere esercitato dal giudice in sede di controllo sull'azione, ovvero nella fase di ammissibilità della domanda, possiamo ora soffermarci su taluni delicati profili concernenti la revoca o la modifica dell'ordinanza nelle fasi ulteriori del giudizio.

Come, peraltro, già indicato in precedenza il problema non si pone in riferimento al requisito di manifesta infondatezza, in quanto, avviato e pubblicizzato il giudizio collettivo, ragionare in termini di manifesta infondatezza al fine di dichiarare l'inammissibilità della domanda ha poco significato, in quanto l'interesse che doveva essere tutelato *in limine litis* oramai è stato sacrificato in ragione della ritenuta opportunità di dare inizio al giudizio collettivo, sicché si deve escludere che il giudice convinto dell'infondatezza della domanda di classe possa semplicemente dichiarare inammissibile la domanda. Determinata la classe e definiti i criteri da impiegare per valutare l'appartenenza dei consumatori aderenti, il tribunale, convinto dell'infondatezza della domanda dovrà pronunciarsi nel merito¹⁴¹.

3.4.2. *Riguardo al requisito di identità*

Per quel che, invece, riguarda il requisito di identità, non sembra doversi escludere, come detto, che il giudice sulla base dei risultati ottenuti nella fase istruttoria del giudizio di classe possa revocare o modificare l'ordinanza.

Tuttavia, questa strada deve essere intesa come una opzione assolutamente eccezionale e residuale che in alcun modo deve esonerare il giudice dal valutare con estrema accuratezza la ricorrenza del requisito al momento dell'ammissibilità sulla base

¹⁴¹ Cfr. in questo senso la *Relazione* dell'Ufficio del Massimario della Corte suprema di Cassazione n. 16 del 9 febbraio 2009, cit., p. 27.

della convinzione che, anche successivamente, sarebbe in ogni caso possibile fare marcia indietro.

È senz'altro preferibile procedere ad una istruzione maggiormente approfondita in sede di giudizio di ammissibilità, piuttosto che ammettere il giudizio sulla base di una valutazione superficiale per poi revocare l'ordinanza previamente pronunciata.

Va peraltro evidenziata la possibilità che possano ricorrere particolari circostanze in cui sia opportuno non tanto la revoca, quanto la modifica del contenuto dell'ordinanza.

Questa opzione appartiene alla logica stessa del giudizio di classe e può rilevarsi utile in diverse situazioni, talora anche allo scopo di «salvare» il giudizio di classe rendendolo comunque possibile a fronte di talune necessarie correzioni nella rotta da seguire.

Indichiamo qui di seguito talune ipotesi.

Al termine dell'udienza di ammissibilità il tribunale aveva ammesso l'azione di classe in funzione dell'eventuale condanna del convenuto in quanto riteneva che il grado di identità fosse tale da poter consentire questo risultato. Tuttavia, successivamente, risulta opportuno limitare la pronuncia alla sola responsabilità.

Il tribunale aveva in origine ammesso l'azione riguardo a certi fatti, ma successivamente si ritiene opportuno ampliare o restringere la base fattuale su cui è stata determinata la classe.

Distinto dal caso appena indicato è quello in cui con l'ordinanza prevista dal comma 6 e secondo la prescrizione prevista dal comma 9, lett. a), si ritenga opportuno modificare solamente i criteri indicati per valutare l'appartenenza alla classe.

Un'ulteriore ipotesi, sebbene maggiormente problematica, potrebbe ricorrere allorquando un miglior accertamento dei fatti, soprattutto al fine di consentire l'ammissibilità o la proseguibilità del giudizio di classe, richieda la formazione di sotto-classi¹⁴²; oppure nel caso in cui la modifica dell'ordinanza sia necessaria in conseguenza della riunione di più azioni di classe separatamente proposte ai sensi del comma 14.

¹⁴² Cfr. *infra*, cap. V, § 2.3.

3.4.3. *Riguardo al conflitto di interessi e all'adeguata rappresentatività*

In riferimento, infine, al controllo di adeguata rappresentatività, nonché alla verifica dell'assenza di conflitto di interessi, vanno massimamente potenziate le premesse dogmatiche già elaborate nel corso di questo studio.

Infatti, dal sindacato sull'adeguata rappresentatività e sul conflitto di interessi dipende la possibilità di riconoscere al proponente la qualità di rappresentante della classe.

Il potere che il proponente esercita, la cui sussistenza dipende dal requisito di identità, non è il suo, ma spetta alla classe stessa.

Solo muovendo da queste premesse dogmatiche si risolvono i problemi che nel corso del giudizio possono influire sulla permanenza dei due requisiti ora in esame. Diversamente, muovendosi nell'ottica del giudizio individuale, cioè intendendo il proponente come un legittimato ad agire a titolo individuale, ovvero come il titolare del potere di azione, si giunge necessariamente a risultati palesemente contraddittori rispetto alle finalità del giudizio di classe e rispetto all'attività processuale già svolta in sede di giudizio di ammissibilità ed eventualmente nelle successive fasi del giudizio.

Ci riferiamo in particolare a talune delle seguenti ipotesi:

- il convenuto ha adempiuto l'obbligazione nei confronti del solo proponente;
- il proponente rinuncia al suo diritto sostanziale;
- il proponente ha raggiunto un accordo transattivo con il convenuto;
- il proponente intende rinunciare agli atti.

In tutte queste ipotesi, qui indicate a titolo meramente esemplificativo, se si dovesse ragionare nell'ottica del processo individuale, il giudizio di classe dovrebbe immediatamente arrestarsi¹⁴³.

¹⁴³ Così, ad esempio, MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1426; VIGORITI, V., *Finalmente, l'azione di classe. Primi*

Tutta la cautela prestata nel giudizio di ammissibilità per varare l'azione collettiva e riconoscere in capo al proponente il ruolo di rappresentante della classe sarebbe vanificata in un modo così banale da rendere tutto il meccanismo processuale aberrante. Ancor più se si ritenesse che la chiusura in rito del giudizio comporti anche la definitiva consumazione dell'azione di classe¹⁴⁴.

In questa prospettiva la funzione del rimedio non sarebbe quella di tutelare i consumatori, ma al contrario quella di assicurare alla parte professionale un rimedio rapido ed efficace per chiudere rapidamente ogni prospettiva di tutela collettiva risarcitoria.

L'impresa convenuta sarebbe ben contenta dell'iniziativa di classe avviata, favorirebbe in ogni modo il varo positivo della domanda e, appena dichiarata l'ammissibilità della stessa, cercherebbe di raggiungere un accordo transattivo con il (solo) proponente¹⁴⁵. E non a caso, al tal riguardo, la dottrina ha rile-

rilievi, in A.A.V.V., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 24.

¹⁴⁴ In questo senso, sebbene problematicamente, CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1307; CONTE, G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 59; RORDORF, R., *L'azione di classe nel novellato art. 140-bis cod. consumo: considerazioni (e qualche interrogativo)*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 183 ss., spec. p. 187; cfr. anche GUERNELLI, M., *La nuova azione di classe: profili processuali*, cit., p. 933, SANTANGELI, F.-PARISI, P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, cit., p. 250 ss.; SANTANGELI, F., *Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento con gli strumenti di tutela collettiva*, in *www.judicum.it*, p. 15 s., anche nota 58; *contra*, BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1031; DE CRISTOFARO, M., *L'azione collettiva*, cit., p. 1944 ss.; GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 606-607; MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1426, anche in nota; VIGORITI, V., *Finalmente, l'azione di classe. Primi rilievi*, cit., p. 24. Per approfondimenti, v. *infra*, cap. V, § 4.

¹⁴⁵ Cfr., infatti, FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 503, secondo cui «non è irrealistico pensare che l'impresa convenuta, dopo la valutazione di ammissibilità dell'azione e decorso il termine per l'adesione da parte dei membri della classe, abbia interesse a transigere la lite con il singolo danneggiato, presumibilmente a condizioni di favore rispetto agli altri membri della classe. Si determinerebbe così la definitiva con-

vato un «formidabile incentivo alla collusione ai danni degli aderenti»¹⁴⁶.

Fortunatamente la corretta ricostruzione dogmatica dell'azione di classe autorizza l'interprete a ricostruire il dato normativo neutralizzando questi rischi¹⁴⁷.

Innanzitutto occorre chiarire quali sono le dirette conseguenze delle tre situazioni poc'anzi indicate sull'azione di classe.

Nel primo caso, ad esempio, se il convenuto adempie l'obbligazione che lo lega al proponente, quest'ultimo non è più appartenente alla classe e, secondo come si preferisca determinare la linea di separazione tra adeguata rappresentatività e conflitto di interessi, viene a realizzarsi o un difetto della prima o, come noi riteniamo¹⁴⁸, la sussistenza del secondo.

sumazione dell'azione collettiva ed il regresso al contenzioso individuale per tutti gli aderenti che non abbiano accettato la proposta transattiva eventualmente formulata, come previsto dal quindicesimo comma».

¹⁴⁶ GIUSSANI, A., *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 159 ss., spec. p. 168.

¹⁴⁷ Esclusa, secondo l'opinione dominante, la sostituzione del proponente in corso di giudizio (ma v. *infra* nel testo la nostra diversa opinione), la dottrina ha cercato di ipotizzare una serie di strumenti correttivi: cfr. ad es. MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1432, secondo cui, al venir meno dell'adeguata rappresentatività, il giudice può revocare l'ordinanza di ammissibilità; cfr. MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1469, anche nota 160; diversa l'impostazione di CAPONI, R., *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 832; ID., *Il nuovo volto della class action*, cit., p. 385, secondo cui l'attore mandatario può compiere tutti gli atti che non presuppongono la capacità di disporre dei diritti oggetto della controversia e, salvo patto contrario, può rinunciare agli atti del processo senza previa autorizzazione, ma, di contro, non può prestare acquiescenza alla sentenza di merito di rigetto senza premunirsi dell'assenso degli aderenti; così anche GUERNELLI, M., *La nuova azione di classe: profili processuali*, cit., p. 928 s.; cfr. anche FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 503; SANTANGELI, F.-PARISI, P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, cit., p. 250 ss.; per l'incostituzionalità della norma, v. GIUSSANI, A., *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, cit. p. 168; cfr. anche ID., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 597; in argomento, v. anche SANTAGADA, F., *La conciliazione dell'azione collettiva risarcitoria: note a margine della [proposta di] riforma dell'art. 140-bis cod. consumo*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, III, Napoli, 2010, p. 1824 ss.

¹⁴⁸ Cfr. *retro*, § 3.2.3.

Nell'altra ipotesi, nella quale il proponente raggiunge un accordo transattivo con il convenuto, si potrebbe pensare di trovare la soluzione in quanto previsto dal comma 15 dell'art. 140-*bis* c. cons., nonché dall'art. 15 del d.legisl. n. 28/2010, secondo i quali la rinuncia, la transazione o la conciliazione intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito.

Ma le norme appena indicate non disciplinano affatto gli effetti che tali comportamenti spiegano sull'azione di classe, ma più limitatamente escludono che al di fuori del giudizio il crisma di rappresentatività eventualmente già riconosciuto dal giudice possa condurre ad un potere rappresentativo del proponente sul piano sostanziale; su tale piano il proponente opera solo per sé¹⁴⁹.

Il proponente è libero di pervenire ad un accordo transattivo e l'impresa è libera di formulare una proposta transattiva nei confronti del solo proponente o nei confronti di tutta la classe, ma queste situazioni rimangono relegate alla gestione sostanziale dei rapporti giuridici controversi senza avere efficacia *diretta* sulla procedibilità del giudizio di classe.

Tornando, allora, alla determinazione degli effetti che la rinuncia o transazione del proponente producono sull'azione, la risposta è agevole: il proponente non appartiene più alla classe ed emerge una manifesta situazione di conflitto di interessi con la classe stessa, cioè la stessa identica situazione che si sarebbe realizzata se il proponente avesse già ricevuto il pagamento o avesse già trovato un accordo con il convenuto prima del giudizio di ammissibilità¹⁵⁰.

Nella stessa prospettiva va risolto il problema della rinuncia agli atti.

Il proponente, infatti, non è il titolare dell'azione, sicché, non può rinunciare agli atti del giudizio di classe liberamente,

¹⁴⁹ Salvo, come è stato puntualmente osservato, l'aderente abbia di sua sponte conferito all'attore collettivo il potere di transigere o conciliare; eventualmente anche all'interno dell'atto di adesione: così, GIUSSANI, A., *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, cit., p. 163.

¹⁵⁰ Cfr. *retro*, § 3.2.3.

ovvero porre in essere un'attività processuale volontariamente estintiva del giudizio con efficacia nei confronti della classe intera; come, di contro e simmetricamente, non poteva liberamente iniziare il giudizio con effetti vincolanti nei confronti della classe. Insomma: la porta da cui si entra è la stessa da cui si esce.

Ciò non toglie, come è naturale, che il proponente possa più limitatamente sottrarsi al giudizio manifestando la sua volontà di abbandonare il suo ruolo di attore collettivo, dando però luogo, anche in questo caso, ad una situazione di conflitto di interessi in corso di giudizio tra proponente e classe.

È, insomma, questo e solo questo l'effetto diretto e immediato che tali comportamenti producono sul giudizio, ovvero lo stesso identico effetto che si realizzerebbe qualora tale situazione sussistesse al momento di ammettere il giudizio¹⁵¹.

Chiarito questo, occorre vedere quali siano le possibili soluzioni a tali evenienze, ovvero comprendere se l'azione di classe debba essere dichiarata inammissibile o se al contrario debbano essere impiegati altri strumenti correttivi.

A tal proposito va in primo luogo osservato che il problema potrebbe in taluni casi essere risolto dal previo conferimento del mandato ad una associazione rappresentativa *ex art. 137 c. cons.*; mandato che, come visto¹⁵², va ritenuto revocabile solo per giusta causa ai sensi dell'art. 1723, comma 2, c.c., in quanto funzionale al soddisfacimento dell'interesse del mandante, ma anche sicuramente del mandatario e di terzi.

¹⁵¹ Cfr. le considerazioni svolte nella *Relazione* dell'Ufficio del Massimario della Corte suprema di Cassazione n. 16 del 9 febbraio 2009, cit., p. 27: «Il secondo problema posto dalla norma è quello di stabilire se il conflitto di interessi rende inammissibile la domanda solo quando è originario, ovvero anche quando sia sopravvenuto. Il problema sorge dal fatto che il legislatore ha accomunato tra loro, nella norma in commento, situazioni eterogenee. Mentre infatti la non manifesta infondatezza e la sussistenza dell'interesse collettivo, se riscontrate *in limine litis*, ben difficilmente potranno venir meno in seguito, altrettanto non può dirsi dell'assenza di conflitti d'interesse. Gli stessi esempi poco innanzi addotti, a ben vedere, riguardano situazioni che possono verificarsi anche nel corso del giudizio, e dimostrano come non sia affatto detto che, accertata l'assenza di conflitti nella prima udienza, questi non possano poi emergere successivamente».

¹⁵² Cfr. *retro*, cap. II, § 1.

Tuttavia non è questo il rimedio che in punto di principio deve essere impiegato per risolvere i problemi indicati, in quanto procedendo in tale direzione, il rimedio ora indicato potrebbe snaturare il regime di accesso al giudizio previsto dal legislatore, in quanto il conferimento del mandato diverrebbe verosimilmente un presupposto sostanzialmente necessario per poter riconoscere l'adeguata rappresentatività al singolo consumatore proponente¹⁵³.

In altri termini, se questa fosse l'unica soluzione, con quale coscienza il giudice dovrebbe varare un'azione che, per l'essere proposta dal singolo consumatore, appare sin dal suo inizio strutturalmente instabile? Il risultato sarebbe ovviamente quello di richiedere sempre il mandato a favore di un ente collettivo maggiormente affidabile. Ma, come già detto¹⁵⁴, questa prospettiva ricostruttiva non è coerente con la *ratio* della norma, ovvero non è coerente con la funzione di massimo accesso al giudizio tipica della tutela collettiva risarcitoria¹⁵⁵.

È evidente che il problema va risolto in maniera diversa, ovvero riflettendo sui rapporti tra proponente e classe riguardo alla titolarità e l'esercizio dell'azione.

Da questo punto di vista tutti gli ordinamenti che seguono il modello dell'azione di classe rappresentativa, nel caso in cui l'adeguata rappresentatività venga meno o il conflitto di interessi sorga *dopo* il provvedimento che ammette l'azione o in ogni caso durante il giudizio, chiariscono che la soluzione che va adottata è quella di ricostituire il rapporto di rappresentanza tra la classe e l'attore collettivo¹⁵⁶.

¹⁵³ L'opportunità che l'associazione si procuri una pluralità di mandati è rimarcata da GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 597.

¹⁵⁴ Cfr. *retro*, § 3.2.4.2.3.

¹⁵⁵ Su cui, v. *retro*, cap. I, § 5.1.

¹⁵⁶ La questione è piuttosto pacifica negli ordinamenti che concepiscono l'azione di classe come rappresentativa e gli strumenti più frequentemente impiegati sono o la formazione di sottoclassi oppure la sostituzione del proponente; l'improcedibilità dell'azione in forma rappresentativa costituisce solo l'*extrema ratio* a cui ricorrere qualora non sia possibile «sanare» altrimenti la sopravvenuta mancanza del requi-

L'art. 140-*bis* c. cons. non prevede espressamente uno strumento siffatto, ma tre diversi ordini di argomenti indirizzano verso una soluzione adeguata.

In primo luogo, muovendosi sul piano dei principi costituzionali, la prospettiva interpretativa appena indicata è imposta dal principio di effettività della tutela giurisdizionale (artt. 3, comma 2 e 24, comma 1, Cost.), che impone all'interprete di adottare come direttrice funzionale primaria quella volta a riconoscere la massima tutela possibile dei diritti soggettivi violati. Sempre sul piano costituzionale, poi, il principio della ragionevole durata del processo, tante volte invocato dalla nostra Corte di cassazione¹⁵⁷, spinge verso una soluzione palesemente contraria alla gestione inefficiente delle risorse giudiziali e ciò tanto nell'ottica del singolo processo, quanto nell'ottica macroeconomica estesa a tutto il sistema giudiziario (art. 111, comma 2, Cost.)¹⁵⁸.

Se non si applicassero questi principi per correggere la grave lacuna che il testo di legge manifesta¹⁵⁹, la formulazione dell'articolo sarebbe non solo incostituzionale per manifesta irragionevolezza, in quanto il legislatore avrebbe introdotto un rimedio palesemente contrario alle sue finalità, ma anche lesivo dei principi del giusto processo, nonché della garanzia costituzionale

sito; sul punto, ampiamente, v. MULHERON, R., *The Class action in Common Law Legal System, A Comparative Perspective*, cit., p. 287 ss., p. 301 ss.

¹⁵⁷ Su cui, da ultimo, BOVE, M., *Il principio della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, Napoli, 2010.

¹⁵⁸ Questo tipo di prospettiva diviene ancor più importante se si ritiene che alla chiusura del processo per ragioni di rito consegue la consumazione dell'azione, poiché all'irragionevole perdita delle attività processuali già svolte, si aggiungerebbe anche l'impossibilità di perseguire nuovamente in forma collettiva la tutela dei diritti individuali dei consumatori, i quali dovrebbero necessariamente spostarsi sul piano individuale per ottenere il dovuto ristoro.

¹⁵⁹ D'altro canto la Corte costituzionale manifesta la tendenza sempre più netta a respingere come inammissibili per omessa interpretazione adeguatrice i ricorsi nei quali non è data adeguata dimostrazione che la norma incriminata non può in alcun modo esser interpretata *secundum constitutionem*. Per approfondimenti riguardanti le ricadute di questo orientamento sul piano generale della corretta interpretazione delle norme, v. SORRENTI, G., *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, spec. p. 228 ss.

del diritto di azione¹⁶⁰. Difatti, sebbene si possa discutere se l'introduzione di strumenti di tutela collettiva costituisca, come si crede, un'operazione dovuta sul piano costituzionale, una volta introdotti tali strumenti, questi non possono rendere più gravoso ed improbabile il riconoscimento giudiziale dei diritti soggettivi violati e in ogni caso ancor più lungo il percorso che occorre intraprendere per ottenere tale riconoscimento, poiché, se così fosse, sarebbero senz'altro direttamente contrari agli artt. 3, comma 2, 24, comma 1 e 2, e 111, comma 2, Cost.

Detto questo in punto di principi, il passo successivo è procedere sul piano dogmatico liberandoci dell'erronea impostazione «individualistica» per valorizzare il concetto di azione *di* classe, inteso come potere direttamente spettante alla classe stessa e non al proponente di turno.

In questa prospettiva è dato osservare che prima dell'ordinanza di ammissibilità tutti i componenti della classe sono sullo stesso piano e potenzialmente possono proporre la domanda di classe. Con l'ordinanza di ammissibilità della domanda viene accertata la sussistenza dell'identità tra i diritti e con essa la sussistenza del potere di azione di classe; contestualmente, verificata l'adeguata rappresentatività e l'assenza di conflitto di interessi, il proponente diviene il consumatore a cui, tra i diversi componenti della classe, spetta porre in essere l'attività processuale a vantaggio della classe stessa, cioè diviene l'attore collettivo; gli altri componenti, che prima potevano in potenza proporsi come attori di classe, fatta salva l'ipotesi prevista dal comma 14, vedono degradata la loro posizione giuridica, potendo solo partecipare in veste passiva al giudizio, ovvero come meri aderenti.

Il sorgere di una situazione di conflitto di interessi tra attore di classe e classe non produce alcun effetto sulla sussistenza del potere di classe, in quanto questo è legato al requisito di identità, ma d'altro canto spezza il legame tra attore e classe, così come certificato con l'ordinanza di ammissibilità. L'attore di classe re-

¹⁶⁰ L'incostituzionalità della disciplina è autorevolmente sostenuta da GIUSSANI, A., *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, cit. p. 168.

trocede alla posizione mera di proponente e, simmetricamente, i consumatori aderenti, non più necessariamente tali, possono nuovamente aspirare a proporsi come attori di classe, cioè come parti attive in rappresentanza della classe.

In questa cornice dogmatica è piuttosto agevole rinvenire nell'artt. 78-80 c.p.c. le norme che, sulla base dei principi costituzionali poc'anzi indicati, possono essere impiegate in via analogica per risolvere il problema ora in esame.

Già riflettendo sulla posizione processuale del proponente, infatti, si era osservato che tale figura, sebbene propria e specifica del giudizio di classe, presenta indiscutibili affinità funzionali con il curatore speciale previsto dall'art. 78 c.p.c., in quanto nel giudizio di classe il proponente si pone come colui che dà voce ad un soggetto che, pur titolare dell'azione, non è in grado di esercitarla.

Alla luce delle osservazioni appena svolte è agevole invocare l'applicazione analogica del secondo comma dell'art. 78 c.p.c. nella parte in cui prevede la possibilità di nominare un curatore speciale al rappresentato, «quando vi è conflitto d'interessi col rappresentate».

Così, il tribunale che rilevi una situazione di conflitto di interessi nei termini addietro indicati, dovrà impiegare i poteri di gestione della controversia che gli sono riservati per verificare se qualcuno degli aderenti vuole convertire la sua partecipazione al giudizio da meramente passiva ad attiva, ovvero possa essere nominato come nuovo attore di classe¹⁶¹.

Solo nel caso in cui questa opzione non dia positivi riscontri, non resterà che chiudere il giudizio per inammissibilità-improcedibilità del giudizio ed in ogni caso senza effetti pregiudizievole nei confronti degli aderenti.

¹⁶¹ Nonostante rilevino puntualmente l'irragionevolezza della disciplina specie sul piano della ragionevole durata del processo, ritengono che non vi siano soluzioni percorribili, tra cui l'ipotesi della sostituzione indicata nel testo, al fine di evitare in questi casi la chiusura del processo con successiva riproponibilità della domanda di classe MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1431 e p. 1470.

Come è naturale, muovendosi nella direzione ora prospettata, i problemi poc'anzi indicati, non solo possono essere risolti, ma è probabile che nemmeno si pongano, in quanto la parte convenuta sarà maggiormente dissuasa dal porre in essere condotte processuali elusive o propriamente abusive, come quelle addietro indicate.

CAPITOLO QUARTO

I DIRITTI TUTELABILI «ATTRAVERSO» L'AZIONE DI CLASSE

SOMMARIO: 1. Premessa – 1.1. Il fondamento dell'azione di classe: le questioni comuni. – 1.2. Il punto critico dell'azione di classe: le questioni differenziate o personali. – 2. L'oggetto del giudizio nella precedente versione dell'art. 140-*bis* c. cons. – 3. I c.d. diritti individuali omogenei – 3.1. Prima individuazione dei dati positivi rilevanti: l'ambito di applicazione e il requisito di «identità»-«omogeneità». – 3.2. Un primo problema: «identità» oppure «omogeneità»? – 3.2.1. Dalla identità-omogeneità dei diritti alla identità-omogeneità delle fattispecie. – 3.2.2. «Identità» (intesa come «identità totale»), oppure «omogeneità» (intesa come «identità parziale»)? – 3.2.3. La prevalenza dell'«omogeneità», intesa come «identità parziale» all'interno della sistematica del nuovo art. 140-*bis* c. cons. – 3.3. Un secondo problema: con quale rigore intendere la relazione di identità? – 3.3.1. Apprezzamento seriale e fatto collettivo. – 3.3.2. Il nesso di causalità. – 3.4. Un terzo problema: quale grado di disomogeneità non esclude la tutela di classe? – 3.4.1. Considerazioni introduttive. – 3.4.2. Le indicazioni che ci provengono dalle esperienze straniere. – 3.4.3. I dati esegetici rilevanti. – 3.4.4. Il giudizio di classe esclude l'accertamento autoritativo delle questioni differenziate. – 3.5. Conclusioni: la nozione di diritti individuali omogenei. – 4. Ulteriori approfondimenti. – 4.1. Le conseguenze che deriverebbero dall'apertura del giudizio di classe alle questioni differenziate. – 4.2. Il ruolo delle questioni differenziate nella valutazione di appartenenza dell'aderente alla classe

1. *Premessa*

La lunga elaborazione dogmatica attorno all'azione di cognizione ci ha abituati che l'oggetto del giudizio individuale con-

siste di regola nell'accertamento positivo o negativo, nonché del modo d'essere del diritto soggettivo fatto valere in giudizio, ovvero l'enucleazione della regola concreta di comportamento che disciplina il rapporto giuridico sottoposto al sindacato dichiarativo giudiziale.

In questa prospettiva, all'interno del processo individuale, la cognizione del giudice si estende a tutte le questioni di fatto e di diritto, dedotte e – mediamente – non dedotte, da cui dipende la fondatezza della domanda proposta, cioè, cambiando punto di vista, a tutti i fatti costitutivi, estintivi, modificativi ed impeditivi, che contribuiscono a formare la fattispecie causale da cui dipende l'esistenza ed il modo d'essere del diritto.

Nel giudizio collettivo, ed in ispecie nel giudizio collettivo risarcitorio, in quanto diretti alla tutela di diritti soggettivi, tutte le questioni appena indicate rilevano parimenti, tuttavia lo strumento di analisi che meglio chiarisce la meccanica del giudizio riposa sulla diversa distinzione tra questioni *comuni* e questioni *differenziate*¹.

Le prime sono quelle condivise da tutte le pretese risarcitorie o restitutorie che aspirano a ricevere tutela nel giudizio collettivo, le seconde, invece, dette anche *personali*, sono quelle proprie ed uniche di ogni singolo rapporto giuridico intercorrente sul piano individuale tra preteso titolare del diritto e preteso debitore.

Ovviamente sia le prime che le seconde possono essere di fatto o di diritto, oppure possono, all'interno della fattispecie,

¹ Sul concetto di questione, v. le classiche pagine di CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 358 s.; ma già prima, con estrema chiarezza, MENESTRINA, F., *La pregiudiziale nel processo civile* (1904), Milano, 1963, p. 108 s. Cfr., poi, CARNELUTTI, F., *Lezioni di diritto processuale civile*, III, Padova, 1930, p. 368; ID., *Lezioni di diritto processuale*, IV, Padova, 1933, p. 2 s.; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, p. 353. All'interno della sistematica processualciviltica il concetto trova, come noto, applicazione in due sedi principali: in materia di impugnazioni, riguardo alla nozione di parte o capo di sentenza, nonché in relazione alla controversa accertabilità con efficacia di giudicato della mera questione. Nel primo ambito, v., per tutti, POLI, R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, p. 133 ss.; nel secondo, v. il recente lavoro di DALFINO, D., *Questioni di diritto e giudicato, Contributo allo studio dell'accertamento delle «fattispecie preliminari»*, Torino, 2008.

spiegare una efficacia costitutiva, estintiva, impeditiva o modificativa.

1.1. *Il fondamento dell'azione di classe: le questioni comuni*

Alla luce delle osservazioni svolte nei due precedenti capitoli, dovrebbe risultare sempre più chiaro che nel giudizio risarcitorio di classe il sistema di tutela giurisdizionale ruota attorno alle questioni comuni.

Dalla sussistenza di questioni comuni, infatti, dipende:

a) l'esistenza della classe.

Se esistono le questioni comuni, esiste la classe, ovvero è possibile identificare quel minimo comune denominatore appartenente alle diverse pretese che costituisce il criterio alla luce del quale classificarle, ovvero tenerle assieme in un unico ideale contenitore;

b) l'esistenza di un interesse e di una domanda di classe.

Se tra le pretese sussiste una parte della loro fattispecie causale comune, non solo è possibile guardare tali pretese come parzialmente uguali, non solo è possibile isolare tutte le parti comuni e racchiuderle dentro un unico ideale contenitore (la classe), ma è possibile operare una sintesi di tale risultato intellettuale volta a confrontarsi con le diverse parti comuni come se fossero una sola parte comune.

Nel caso in cui tutte le questioni fossero comuni si potrebbe sovrapporre l'immagine di tutti i diritti soggettivi sino a vedere un solo diritto soggettivo, il diritto soggettivo della classe.

Parimenti (ma più limitatamente) si potrebbe fare ragionando in riferimento alla parte, o se si vuole al segmento², comune a tutte le pretese.

Ciò significa che la classe ha un suo interesse che ha come oggetto la parte comune. Questo interesse, se osservato da punto

² Riprendendo l'immagine impiegata per la condanna generica da PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela di condanna*, ora in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Studi, Napoli, 2003, p. 75 ss. spec. p. 140.

di vista della classe è un interesse individuale, mentre, se osservato dal punto di vista degli appartenenti alla classe è un interesse collettivo.

Ciò significa anche che la classe nel giudizio collettivo propone la sua domanda ed esercita la sua azione, entrambe fondamentalmente riferite alla parte comune.

c) la compatibilità costituzionale della tecnica rappresentativa con i principi costituzionali del giusto processo.

All'esistenza della parte comune è anche legata la possibilità che la semplificazione delle componenti soggettive del procedimento, realizzata mediante la tecnica rappresentativa, non dia luogo a violazione dei principi del giusto processo.

Nei confronti dei consumatori aderenti, l'esistenza della parte comune consente che «uno» dei componenti della classe possa agire e condurre il giudizio, in quanto l'«uno» conosce la parte comune, che è anche la «sua» e per tale ragione ha un interesse parimenti comune a quello degli altri appartenenti al suo favorevole accertamento.

Come visto, su questa base riposa il nucleo concettuale della tecnica rappresentativa, che, nella nostra legge, si formalizza nei due requisiti indicati dal comma 6, ovvero nell'assenza del conflitto di interessi e nella capacità del proponente di tutelare adeguatamente gli interessi della classe; requisiti essenzialmente legati alla parte comune e non alle questioni personali³.

Questo discorso, però, non solo vale in riferimento ai consumatori appartenenti alla classe, ma anche riguardo al convenuto.

Questo secondo profilo ben emerge riflettendo sui rischi connessi ad un accertamento non corretto del rapporto di comunanza e sulle potenziali fratture che possono venirsi a realizzare tra diritto e processo.

Con l'ordinanza di ammissibilità, infatti, nella sostanza il giudice dice questo: c'è la classe, ha queste caratteristiche ed il

³ Cfr. *retro*, cap. III, §§ 3.2.3., 3.2.4.

proponente appartiene alla classe in quanto il suo diritto è (quantomeno parzialmente) come quello degli altri appartenenti, sicché il giudizio che si celebrerà avrà ad oggetto il diritto del proponente come diritto tipicamente rappresentativo di quello degli altri appartenenti.

Se la premessa indicata nell'ordinanza non è corretta, si va a celebrare un giudizio su un diritto che, non essendo tipico, non si pone come rappresentativo dei diritti degli altri consumatori appartenenti alla classe.

Tale distorsione in misura minima è tollerabile e deve essere accettata come effetto connaturale al rimedio di classe che non è un litisconsorzio facoltativo e che non può condurre ad un accertamento dotato di quello stesso grado di precisione ed accuratezza che appartiene al giudizio individuale⁴.

Il problema sussiste, invece, quando questa distorsione diviene effettivamente patologica, potendo, secondo i casi, andare a danno della parte convenuta, che avrebbe potuto vincere su base individuale, o, esattamente al contrario, a danno dei consumatori, che, sempre su base individuale, avrebbero potuto conseguire un risultato favorevole.

Come è evidente qui sta il vero grande problema dell'azione collettiva, il punto debole del rimedio, come testimonia l'ampia letteratura che si riscontra negli ordinamenti che già da tempo conoscono questo strumento.

Per rendere più chiaro questo discorso è meglio esplicitare un ulteriore profilo della riflessione.

L'azione di classe riposa sulle questioni comuni, tuttavia, a volere essere rigorosi, l'effettiva comunanza delle questioni si potrebbe verificare e certificare solo al termine di infiniti giudizi individuali gestiti da un solo giudice, dalle stesse parti, con le medesime strategie processuali, ecc.

Questo, ovviamente, non è possibile. Ecco allora che si procede al contrario: si cerca in un momento preliminare ed essenziale del giudizio di comprendere se le diverse pretese hanno una

⁴ Cfr. *infra*, § 3.3.

parte comune e, se ci si convince di questo, si procede innanzi su base simil-individuale, ovvero come se, riguardo alla parte comune, quel processo fosse un ordinario processo individuale.

Nella fase di ammissibilità, allora, si opera una tipizzazione semplificatoria che consente di procedere in forma rappresentativa ed è proprio nei limiti di tale operazione che si annida principalmente il rischio di produrre indesiderati disallineamenti tra diritto e processo.

Va, infine, detto, come meglio vedremo nel prossimo capitolo, che il corretto funzionamento della tecnica rappresentativa tutela anche i consumatori, che, pur appartenendo alla classe, non hanno aderito. E ciò per due diverse ragioni.

In primo luogo, questi consumatori perdono la possibilità di agire in via collettiva per i medesimi fatti, poiché l'effetto consumativo dell'azione di classe che segue il giudicato sostanziale comunque li colpisce.

In secondo luogo, il giudicato collettivo sfavorevole, pur non avendo efficacia di accertamento vincolante nei loro confronti, costituisce senz'altro un precedente particolarmente persuasivo, proprio perché ottenuto al termine di un giudizio certificato come idoneo a tutelare la classe intera e dunque, in astratto, anche loro.

d) economia processuale.

Come visto nel primo capitolo, un giudizio che si svolge nei termini appena indicati comporta il conseguimento di risultati apprezzabili sul piano dell'economia processuale ed ovviamente, come detto in avvio, anche su questo piano tutto dipende dall'esistenza delle questioni comuni⁵.

1.2. Il punto critico dell'azione di classe: le questioni differenziate o personali

Da quanto appena osservato emerge che la ragion d'essere del giudizio di classe ruota attorno a tali questioni. Queste, in-

⁵ Cfr. *retro*, cap. I, § 5.2.3; nonché, *infra*, § 4.1.

fatti, lo rendono «utile» e «possibile», sebbene possano sorgere problemi delicati al momento di verificare o meno la sussistenza del rapporto di comunanza.

Di contro, il profilo critico del giudizio riguarda le questioni differenziate o personali.

Recuperando ed invertendo di segno il ragionamento poc' anzi esposto, si può affermare che, dove ci sono questioni differenziate, non c'è classe, non c'è un interesse di classe, non c'è una domanda di classe, l'adeguata rappresentatività si offusca, il proponente può entrare in conflitto di interessi con gli altri consumatori, non c'è un guadagno in termini di economia processuale.

Come fare?

In astratto, come meglio vedremo ragionando sull'art. 140-*bis* c. cons., le soluzioni possono essere diverse.

In posizione apicale si pone la seguente alternativa di base:

- a) il giudizio di classe non è ammissibile;
- b) il giudizio di classe è comunque ammissibile.

Se si adotta la soluzione *sub a*), il discorso, ovviamente si chiude.

Se si adotta la soluzione *sub b*), occorre verificare più nel dettaglio quale sia la soluzione adottata.

Semplificando, si può immaginare che:

- 1) il giudizio di classe si ammette sempre ed indipendentemente dalla presenza delle questioni differenziate;
- 2) il giudizio di classe si ammette solo se le questioni differenziate non rendono inopportuno procedere con la tutela collettiva piuttosto che con quella individuale.

Indipendentemente da quale soluzione specifica si adotti riguardo l'influenza delle questioni personali sull'ammissibilità del giudizio di classe, una volta ammesso che la presenza di tali questioni non esclude la praticabilità della tutela collettiva, si pone un secondo problema, ovvero quello del trattamento processuale di tali questioni.

E così:

I) le questioni personali possono entrare anch'esse nel giudizio di classe ed ivi vengono accertate assieme a quelle comuni;

II) nel giudizio di classe entrano solo le questioni differenziate fondate su base documentale;

III) nel giudizio di classe entrano solo se le questioni differenziate di agevole accertamento;

IV) le questioni differenziate non entrano nel giudizio di classe, essendo accertate in separati giudizi individuali, oppure all'interno di una fase del giudizio di classe appositamente ideata e concepita per consentirne il corretto accertamento.

2. *L'oggetto del giudizio nella precedente versione dell'art. 140-bis c. cons.*

Le considerazioni appena svolte ci permettono di avere una chiave di lettura da poter impiegare per interpretare più agevolmente la nuova azione collettiva risarcitoria, in quanto forniscono una griglia concettuale che consente di orientarci con maggior facilità all'interno di una disciplina non sempre limpida. Con parole povere ci aiutano a capire dove andare a guardare, cioè a quali profili della disciplina dare adeguato risalto.

Ad esempio, se si esamina la precedente formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons. alla luce delle osservazioni che precedono, si nota piuttosto chiaramente che la vecchia disciplina non presentava alcuna disposizione che con chiarezza illuminasse la vera funzione del giudizio.

Il primo comma dell'articolo, con una previsione di ampio tenore, enunciava quale scopo dell'azione «l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme sospettanti ai singoli consumatori e utenti».

Tuttavia il raggiungimento di tale obiettivo non era assicurato in alcun modo.

In particolare il legislatore dimostrava una assoluta indifferenza nei confronti del problema della complessità, tanto in riferimento alla disciplina del giudizio di ammissibilità dell'azione, quanto in riferimento alla disciplina delle adesioni.

In relazione al primo profilo un certo rilievo poteva essere attribuito comma 3 dell'articolo nella parte in cui, con formula-

zione vaga, prevedeva l'inammissibilità della domanda qualora non fosse possibile ravvisare «l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi del presente articolo».

Si poteva, insomma, valorizzare tale dato normativo, ritenendo che l'accesso al giudizio fosse consentito solo alle controversie il cui grado di complessità poteva essere adeguatamente gestito dal giudizio collettivo così come delineato dal legislatore del 2007.

Tuttavia, come detto, la disciplina riservata alle adesioni poneva seri ostacoli ad una siffatta lettura del rimedio; era previsto, infatti, che l'adesione potesse essere comunicata, «anche nel giudizio di appello, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni».

Ciò significava che l'oggetto del giudizio ed il materiale logico della decisione soggiacevano ad un regime di variabilità assoluta in grado di conferire perenne instabilità al giudizio, salvo per l'appunto ritenere che le adesioni potessero incidere solo sul piano soggettivo, ovvero avessero il mero compito di ampliare il numero dei consumatori vincolati al giudicato collettivo dichiarativo dell'esistenza dell'illecito e delle altre eventuali questioni comuni.

La disciplina riservata al contenuto della decisione poteva confermare questo tipo di lettura.

Il comma quarto, prevedeva, infatti, come regola generale che il giudice, nell'accogliere la domanda, dovesse semplicemente determinare «i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio». Solo nel caso in cui fosse possibile «allo stato degli atti», ovvero senza ulteriore istruzione, il giudice doveva anche determinare «la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente».

In ogni caso l'assoluta genericità di molti profili della disciplina aveva condotto alla proliferazione di un ampio ventaglio di soluzioni interpretative, le quali sostanzialmente si fondavano sulla diversa combinazione di tre variabili:

- a) la natura dell'oggetto del giudizio (diritti soggettivi o questioni mere o altre situazioni giuridiche soggettive);
- b) la natura anche eventualmente condannatoria o meramente dichiarativa della sentenza di accoglimento;
- c) l'ingresso delle questioni a carattere personale all'interno giudizio collettivo.

Senza poter esaminare le diverse e pur talora rilevanti connotazioni appartenenti a ciascuna tesi, le opzioni ricostruttive avanzate dalla dottrina erano in estrema sintesi le seguenti:

- a) il giudizio non ha ad oggetto propriamente i diritti soggettivi degli aderenti, ma, a secondo della specifica ricostruzione avanzata, solamente l'accertamento della questione comune a rilevanza collettiva, ovvero l'illiceità della condotta, oppure la responsabilità del convenuto, oppure ancora l'interesse collettivo dei consumatori e può dar luogo solamente a sentenze di mero accertamento, anche nel caso in cui la sentenza stabilisca la somma minima dovuta ai consumatori⁶;

⁶ L'orientamento indicato nel testo ha trovato ampio riscontro in dottrina sebbene all'interno di cornici ricostruttive non sempre pienamente coincidenti: cfr. BOVE, M., *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dall'esperienze più mature*, in *Guida dir.*, 2008, fasc. 4, 11 ss.; ID., *L'oggetto del processo «collettivo» dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria (artt. 140 e 140-bis c. cons.)*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 841 ss., spec. p. 851 ss.; BRIGUGLIO, A., *L'azione collettiva risarcitoria (art. 140-bis Codice del Consumo)*, Torino, 2008, p. 15 ss., 25 ss., 57 ss.; CARRATTA, A., *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 721 ss., spec. p. 735 ss.; ID., *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 315 ss., spec. p. 331 s.; CHIARLONI, S., *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1842 ss., spec. p. 1844; COSTANTINO, G., *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 «bis» cod. consumo*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 17 ss., spec. p. 23 s.; DALFINO, D., *Oggetto del processo e del giudicato e altri profili connessi*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 191 ss., spec. p. 197; ID., *Questioni di diritto e giudicato, Contributo allo studio dell'accertamento delle «fattispecie preliminari»*, Torino, 2008, p. 276 ss.; DONZELLI, R., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 858 ss. In questo senso anche RUFFINI, G., *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140-bis c. cons.*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, I, Torino, 2008, 455 ss., che tuttavia ha ritenuto che anche l'intervento del consumatore previsto dal comma 2 della precedente norma non fosse diretto ad ottenere la condanna del convenuto, ma al contrario costituisse una modalità di esercizio dell'azione collettiva al fine di affiancarsi al proponente con pari poteri (spec. p. 463).

b) il giudizio ha ad oggetto i diritti individuali omogenei (cioè fondati sulla medesima condotta illecita) dei consumatori aderenti o intervenuti, ma non perviene mai alla liquidazione, ossia ad un provvedimento di condanna spendibile sul piano esecutivo⁷;

c) il giudizio è comunque diretto all'accertamento di diritti⁸, ma solo relativamente all'*an*, non dando mai luogo – salvo il caso di domande spiegate in via di intervento – a provvedimenti di condanna, nemmeno nel caso in cui il giudice stabilisca la somma minima da liquidare allo stato degli atti⁹; inoltre il giudice, di fronte alle eccezioni personali sollevate dal convenuto ha tre possibilità: disporre che la loro cognizione sia riservata al giudizio di liquidazione; eventualmente consentire una chiamata in causa dell'aderente; escludere l'aderente dal giudizio al sorgere di questioni di lunga indagine in applicazione analogica dell'art. 103, comma 2, c.p.c.¹⁰;

d) nel giudizio è fatta valere un'unica domanda a contenuto aperto e non direttamente e cumulativamente i singoli diritti degli aderenti; salvo il caso delle eventuali pronunce di condanna a favore dei consumatori intervenuti, in caso di accoglimento il processo può dar luogo ad una sentenza di condanna generica «rinforzata» e produttiva degli effetti previsti agli artt. 2818 e

⁷ AMADEI, D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. mer.*, 2008, p. 940 ss., spec. p. 948.

⁸ Sostenere che l'oggetto è la questione comune a rilevanza collettiva o che la tutela è diretta verso diritti soggettivi accertati eventualmente *in parte qua*, può rilevare sotto due diversi profili: in primo luogo, se si ritiene che l'oggetto sia costituito da diritti, il provvedimento che chiude il giudizio si avvicina molto alla condanna generica e vale come titolo da per iscrivere ipoteca giudiziale *ex art.* 2818 c.c.; in secondo luogo, sempre se si muove da tale premessa, il giudizio collettivo senza adesioni dovrebbe chiudersi in rito. Sul punto, per tutti, v. TOMMASEO, F., *La partecipazione dei consumatori ai giudizi collettivi risarcitori (note sull'art. 140-bis del codice del consumo)*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, III, Napoli, 2010, p. 1835 ss.

⁹ TOMMASEO, F., *La partecipazione dei consumatori ai giudizi collettivi risarcitori (note sull'art. 140-bis del codice del consumo)*, cit., p. 1835 ss., spec. p. 1837 ss.

¹⁰ TOMMASEO, F., *La partecipazione dei consumatori ai giudizi collettivi risarcitori*, cit., p. 1839, nota 15, e p. 1847.

2953 c.c., nonché ad una condanna provvisoria allo stato degli atti con riserva delle eccezioni a carattere personale¹¹;

e) il giudizio ha ad oggetto i diritti soggettivi dei consumatori aderenti e intervenuti, tuttavia il contenuto della decisione può essere di mero accertamento della responsabilità, se la liquidazione richiede un accertamento individualizzato, oppure, se possibile allo stato degli atti, può pervenire alla condanna provvisoria o anche alla condanna definitiva a favore dei consumatori aderenti così come degli intervenienti¹².

3. *I c.d. diritti individuali omogenei*

3.1. *Prima individuazione dei dati positivi rilevanti: l'ambito di applicazione e il requisito di «identità»-«omogeneità»*

La lettura della prima versione dell'art. 140-*bis* c. cons., assieme alle precedenti osservazioni, ci consentono di individuare

¹¹ CONSOLO, C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dell'«opt-in» anziché quella danese dell'«opt-out» e il filtro («L'inutile precauzione»)*, in *Corr. giur.*, 2008, spec. p. 5 ss.; ID., *L'art. 140-bis: nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualciviltisticamente, un poco «Opera aperta» (in tema di azione collettiva risarcitoria, art. 140-bis c. cons.)*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 205 ss.; ma cfr. soprattutto ID., *L'opt-in e gli interventi: ossia della variabilità dell'oggetto del giudizio e della unitarietà del rapporto processuale, nonché I contenuti decisori del processo collettivo, la condanna generica con provvisoria allo stato degli atti e il perimetro di efficacia della sentenza*, in CONSOLO, C.-BONA, M.-BUZZELLI, P., *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, p. 173 ss. e 203 ss.; ID., *Tutela giurisdizionale dei crediti «per adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 1701 ss.

¹² CAPONI, R., *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 819 ss., spec. p. 839 ss. ID., *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1205 ss., spec. p. 1222 ss.; ID., *La class action in materia dei consumatori in Italia*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 281 ss.; ID., *Oggetto del processo e del giudicato «ad assetto variabile» (in tema di azione collettiva risarcitoria, art. 140-bis c. cons.)*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 200 ss.; ID., *Processo civile e nozione «complessa»: impieghi normativi*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 136 ss.; ID., *Variabilità dell'oggetto del processo (nell'azione collettiva risarcitoria)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 47 ss.; similmente anche MENCHINI, S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 41 ss., spec. p. 47 ss.; nonché, salvo la particolare lettura riservata alla posizione dell'aderente (su cui,

con immediatezza gli elementi del tessuto normativo che inviano all'interprete i dati maggiormente significativi al fine di comprendere quale possa essere l'oggetto del nuovo giudizio di classe.

Questi possono essere rinvenuti su quattro distinti piani: l'enunciazione che la norma avanza sin dal primo comma riguardo alla funzione del rimedio; la tipologia dei diritti verso i quali è rivolta la tutela apprestata con l'azione di classe; il requisito di «identità» espressamente previsto dal comma 6 come condizione di ammissibilità della domanda di classe; il contenuto della pronuncia che accoglie la domanda.

Il profilo più chiaro della disciplina nell'ottica della determinazione dell'oggetto è senz'altro quello riguardante l'ambito di applicazione del rimedio, stando al quale l'azione di classe tutela diritti soggettivi:

a) che hanno un contenuto risarcitorio o restitutorio e che quindi hanno ad oggetto il pagamento di somme di denaro;

b) che appartengono alle categorie previste dal comma 2 dell'art. 140-*bis* c. cons. e cioè sono:

b1) diritti derivanti dall'applicazione della medesima clausola contrattuale contenuta nelle clausole generali di contratto *ex* art. 1341 c.c. o nei moduli o formulari predisposti dal legislatore per disciplinare uniformemente i rapporti con i consumatori;

b2) diritti derivanti da illeciti contrattuali posti in essere nei confronti dei consumatori in maniera reiterata e uniforme, ovvero tali da essere apprezzati in una dimensione unitaria ed omogenea;

b3) diritti derivanti dall'utilizzo dello stesso tipo di prodotto;

b4) diritti derivanti dalla stessa pratica commerciale scorretta;

b5) diritti derivanti dallo stesso comportamento anticoncorrenziale.

Questo ambito oggettivo determina il perimetro maggiore entro cui si può muovere il giudizio di classe e riposa su considerazioni di natura sostanziale fondamentalmente rimesse alla ti-

cfr. *retro*, cap. II, § 2.5.4.), GIUSSANI, A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1227 ss., spec. p. 1242.

pologia degli interessi coinvolti come accaduto frequentemente nella nostra legislazione in materia di tutela giurisdizionale differenziata e specificamente in materia di tutela giurisdizionale collettiva, nella quale, anziché disciplinare un unico processo collettivo volto alla soluzione di ogni tipo di controversia, il legislatore ha preferito di volta in volta inserire fattispecie processuali *ad hoc*¹³.

All'interno di questo perimetro maggiore, peraltro, s'insinua un ulteriore criterio selettivo di ordine eminentemente processuale da tenere assolutamente separato¹⁴, ovvero il requisito di «identità», previsto quale condizione di ammissibilità dal comma 6 e richiamato in vario modo dallo stesso comma 2, che, nel disciplinare l'ambito di applicazione, non solo chiarisce che «l'azione tutela» i diritti dei consumatori che abbiano come causa giustificatrice la responsabilità contrattuale, il danno da prodotto, le pratiche commerciali scorrette e i comportamenti anti-concorrenziali, ma precisa anche in più parti che tali diritti devono essere «*identici*».

Questa precisa formulazione ricorre in particolare alle lettere *b)* e *c)*.

Alla lettera *a)*, con una formulazione apparentemente più generica, ma forse in parte corretta, è previsto che l'azione tutela «i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti della stessa impresa in *situazione identica*».

È su questo piano che si sviluppa il problema del rapporto tra questioni comuni e questioni differenziate ed è su questo piano che occorre risolvere gli interrogativi indicati poc'anzi riguardo alle soluzioni che in astratto possono essere previste in tema di ammissibilità ed oggetto del giudizio di classe¹⁵.

¹³ Cfr. DENTI, V., *L'idea di codice e la riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 104 ss.

¹⁴ Questo secondo requisito sfuma nelle tesi che sostanzialmente ravvedono nella requisito di identità una «semplice dipendenza del diritto dalla stessa azione o omissione o condotta abituale di un medesimo convenuto»: così, ad es., GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 595 ss., spec. p. 604. Per ulteriori indicazioni, v. *infra*, nota 19, 105.

¹⁵ Cfr. *retro*, § 1.2.

3.2. *Un primo problema: «identità» oppure «omogeneità»?*

3.2.1. *Dalla identità-omogeneità dei diritti alla identità-omogeneità delle fattispecie*

Dalle osservazioni appena svolte emerge chiaramente che il problema della determinazione dell'oggetto del giudizio di classe, per come è formulata la lettera della legge, è strettamente legato alla determinazione dei diritti tutelabili – come dice il primo comma dell'art. 140-*bis* c. cons. – «attraverso» l'azione di classe ed in particolare all'interrogativo se questi siano diritti «identici» o più semplicemente «omogenei».

Ad esempio, nei primi incontri congressuali organizzati sul nuovo art. 140-*bis* c. cons. talune opinioni, forse affrettate, forse condizionate da fattori non propriamente tecnico-giuridici, ritenevano che il problema dell'oggetto fosse tutto racchiuso nella nozione di «identità», da intendersi come un requisito imposto dal legislatore per ammettere solo le controversie puramente e squisitamente seriali¹⁶.

Tuttavia, come già emerso in diversi punti della nostra riflessione e come meglio emergerà tra breve, il discorso è più complesso.

In primo luogo va detto che nel nostro ordinamento non esistono categorie giuridiche già note in grado di risolvere il problema.

La figura dei diritti individuali omogenei è nuova nel nostro sistema di diritto processuale, mentre il concetto di identità tra diritti soggettivi è inapplicabile nel nostro ambito in quanto elaborato in riferimento al giudizio individuale per esigenze di funzionamento sue specifiche.

Più precisamente, la figura dei diritti individuali omogenei trova origine nella legislazione brasiliana¹⁷ ed è da tempo filtrata

¹⁶ Cfr. *infra*, § 3.2.3.

¹⁷ Precisamente all'art. 81 del *Código de Defesa do Consumidor* (Legge n. 8.078 dell'11 settembre 1990), che individuali tali diritti unicamente sulla base di una loro «origine comune».

in Italia¹⁸, ove diversi interpreti, anche prima dell'approvazione dell'art. 140-*bis* c. cons., l'hanno accolta con un certo favore¹⁹.

Tuttavia, la nozione di diritti individuali omogenei, come meglio vedremo tra breve, non costituisce assolutamente una nozione fissa, data, ma al contrario necessita di esser calata all'interno di uno specifico ordinamento e soprattutto all'interno di un ben definito strumento processuale per poter acquistare dei confini concettuali definiti.

Preso da sé il concetto dice poco o nulla, limitandosi a contrassegnare un rapporto di connessione intercorrente tra diritti soggettivi²⁰.

Quando si parla di diritti «identici», invece, non si opera in una prospettiva diretta a determinare un rapporto di «completa uguaglianza» tra due o più entità distinte, ma al contrario si vuole negare l'idea stessa di pluralità che appartiene al fenomeno: due diritti identici, non sono due diritti, ma sono un solo ed unico diritto, un solo ed unico rapporto giuridico che intercorre tra due soggetti²¹.

Ciò è evidente proprio in riferimento ai rapporti giuridici che, come quelli tutelati dall'azione di classe, per loro natura possono ripetersi con lo stesso contenuto infinite volte tra gli

¹⁸ Cfr. i contributi di Ada Pellegrini Grinover, tra cui in particolare quello dedicato alla presentazione al pubblico italiano del nuovo codice di difesa dei consumatori: *Il nuovo processo brasiliano del consumatore*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 1057 ss.

¹⁹ Cfr. ad es. GIUSSANI, A., *Prospettive di riforma per le azioni collettive*, in *Quest. giust.*, 2005, p. 366 ss., che adotta la stessa linea definitoria piuttosto lata prevista dalla legge brasiliana, riferendosi ai diritti individuali omogenei come a quei diritti legati da «un fenomeno di connessione individuabile allorché molti soggetti vantano nei confronti dello stesso convenuto pretese isomorfe fondate sulla stessa azione od omissione o condotta abituale: da questa omogeneità deriva un grado elevato di similarità della *causa petendi* e del *petitum*». Così, già in ID., *Mass torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo dell'efficienza economica*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, 315 ss.; ed ora anche in riferimento all'attuale formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons., v. ID., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 604. Cfr. anche MENCHINI, S., *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in *Le azioni seriali*, a cura di S. Menchini, Napoli, 2008, p. 55 ss.

²⁰ V. i profili problematici esaminati *infra*, §§ 3.2. e 3.3.

²¹ In argomento, v., per tutti, MENCHINI, S., *Il giudicato civile*, Torino, 2002, p. 98 ss.

stessi soggetti, ovvero i diritti che ad esempio hanno ad oggetto il pagamento di somme di denaro.

Quando, infatti, per ipotesi, ricorrono due pretese al pagamento della stessa somma di denaro tra gli stessi soggetti, ovvero ricorrono due pretese che potremmo dire «identiche», il problema che si pone ai fini dell'individuazione dell'azione sta proprio nell'opportunità di verificare l'esistenza di elementi tali da differenziare le pretese per esser sicuri della potenziale sussistenza di due distinti e separati diritti ed evitare, così, che attraverso il processo si realizzi una eventuale duplicazione di una stessa ed unica realtà sostanziale.

In questa specifica prospettiva l'identità delle situazioni giuridiche soggettive si traduce inevitabilmente nell'unicità delle situazioni giuridiche soggettive²².

Ma questa specifica prospettiva è strettamente legata alla natura individuale del giudizio, in quanto nella dogmatica tradizionale il problema dell'identità tra diritti si pone solo al ricorrere dell'identità dei soggetti del rapporto giuridico.

Se gli elementi soggettivi sono al contrario differenti, le situazioni che si possono porre sono due: o tale differenza è apparente, in quanto ad esempio ricorre una ipotesi di sostituzione processuale, oppure il problema dell'identità è a monte escluso.

È, infatti, lo stesso concetto di diritto soggettivo che, nell'essere legato ontologicamente al soggetto, esclude che possano sussistere due diritti distinti, sebbene identici, in titolarità a persone diverse²³.

E lo stesso discorso vale per la posizione passiva del rapporto, ovvero per l'obbligo, visto che, come autorevolmente osservato, nel vedere nell'obbligo un *quid* in titolarità di un soggetto, si realizza «un processo di duplicazione che rompe la realtà del contegno e che separa chi agisce da ciò che è agito»²⁴.

²² Lo rileva puntualmente, T. Roma, 25 marzo 2011, in *Foro it.*, 2011, fasc. 4, *Anticipazioni e novità*, p. 20 ss.

²³ Cfr. le nostre considerazioni svolte in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 488 ss.

²⁴ IRTI, N., *Sul concetto di titolarità (Persona fisica e obbligo giuridico)*, in *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, Napoli, 1973, p. 26 ss.

Da quanto appena osservato è dato trarre dei primi risultati di transizione.

Le nozioni di identità e/o di omogeneità non sono comprensibili sulla base dei dati dogmatici elaborati in riferimento al giudizio individuale, ma al contrario impongono l'elaborazione di concetti nuovi e specificamente appartenenti al giudizio di classe.

In questa prospettiva l'identità o l'omogeneità costituiscono dei nessi logici che non possono riguardare i rapporti giuridici, che, per come sono concepiti tradizionalmente, sono indissolubilmente legati ai loro elementi soggettivi, ma piuttosto le singole componenti oggettive che contribuiscono alla costruzione del rapporto²⁵.

3.2.2. «Identità» (intesa come «identità totale»), oppure «omogeneità» (intesa come «identità parziale»)?

Procedendo lungo la linea appena tracciata, la ricerca del significato tecnico da attribuire al requisito di identità o di omogeneità si sposta quindi dai diritti, intesi come effetti giudici discendenti dal concretamento della fattispecie astratta prevista dalla legge, ai singoli elementi oggettivi che compongono i medesimi, ovvero alla *causa petendi*, intesa come l'insieme delle questioni di fatto e di diritto da cui dipende l'esistenza ed il modo di essere del diritto al risarcimento o alla restituzione²⁶, ed

²⁵ Così anche T. Roma, 25 marzo 2011, cit.

²⁶ Già nel vigore del codice di rito del 1865 la dottrina italiana ha incentrato i propri sforzi interpretativi sulla nozione di *causa petendi*, da taluno configurata quale rapporto giuridico (cfr. CHIOVENDA, G., *Principi di diritto processuale*, Napoli, 1928, p. 283 ss.) e da altri ricondotta alla nozione di mero fatto materiale (ZANZUCCHI, M.T., *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, Milano, 1916, p. 329 ss.). Il dibattito tende a riproporsi in termini pressoché analoghi a seguito dell'approvazione del nuovo codice di procedura civile del 1942: in favore della configurazione della *causa petendi* in termini di rapporto giuridico ovvero posizione giuridica soggettiva, v. REDENTI, E., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1980, p. 53 e FRANCHI, G., *La litispendenza*, Padova, 1963, p. 93; in senso difforme, con riferimento alla *causa petendi* quale mero fatto materiale, v. invece SATTA, S., *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 825. La dottrina dominante è però orientata verso il superamento di tale contrapposizione, sicché può dirsi come ormai acquisita l'opinione che reputa la *causa petendi* quale elemento d'identificazione della domanda giu-

al *petitum*, inteso come la cosa oggetto della domanda, ossia come la quantità di denaro dovuta al consumatore a titolo di risarcimento o restituzione²⁷.

Ma a questo punto è inevitabile rilevare come non sia possibile procedere oltre senza previamente risolvere il contrasto semantico che ricorre tra il requisito di identità, richiesto nei termini addietro descritti, ed il requisito di omogeneità risultante dal primo comma dell'articolo²⁸.

D'altro canto un corretto uso dei canoni interpretativi impone di tener conto del fatto che «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse»; ed il termine «omogeneo» significa dello stesso genere, della

diziale da rapportare sia all'elemento di fatto della domanda medesima sia all'elemento più prettamente giuridico-normativo: v. in particolare ANDRIOLI, V., *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 325; cfr. anche MANDRIOLI, C., *Riflessioni in tema di «petitum» e «causa petendi»*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 473; VERDE, G., *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur. Trec.*, XII, Roma, 1988, p. 5; COSTA, S., *Domanda giudiziale*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1957, p. 167 ss.; GIANNOZZI, G., *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958, p. 51-52; FAZZALARI, E., *Note in tema di diritto e di processo*, Milano, 1957, p. 118; MONTESANO, L., *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 66 ss.; ID., *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, Padova, 2001, p. 310 ss.; cfr. anche RICCI, G.F., «*Individuazione» o «sostanziazione» nella riforma del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 1227 ss., spec. p. 1245 ss.; MENCHINI, S., *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 206; ID., *Il giudicato civile*, cit., p. 125 ss.

²⁷ Anche in riferimento al *petitum*, come visto nella nota che precede in relazione alla *causa petendi*, l'individuazione della esatta nozione appare non sempre agevole. Se, difatti, è pacifica la riconduzione del *petitum* immediato alla natura del provvedimento richiesto in funzione dell'azione giudiziale esercitata – secondo la consueta ripartizione in mero accertamento, condanna, costitutiva – posizioni almeno in parte divergenti si riscontrano in relazione al concetto di *petitum* mediato. Alcuni autori contestano la riconducibilità del *petitum* mediato al bene materiale richiesto: FRANCHI, G., *La litispendenza*, cit., p. 89 ss.; FERRI, C., *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, p. 89; PROTO PISANI, A., *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del c.p.c.* diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973, p. 1060; in senso opposto, riconducendo il *petitum* mediato alla cosa materiale: cfr. ad es. ANDRIOLI, V., *Diritto processuale civile*, cit., p. 323; COSTA, S., *Domanda giudiziale*, cit., p. 166; per ulteriori indicazioni, v. MANDRIOLI, C., *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2011, p. 169 ss.

²⁸ Cfr. RORDORF, R., *L'azione di classe nel novellato art. 140-bis cod. consumo: considerazioni (e qualche interrogativo)*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 183 ss., spec. p. 185.

stessa natura²⁹, mentre il termine «identico» indica un rapporto di perfetta e completa uguaglianza³⁰.

Il primo termine, dunque, non solo ha un significato più ampio, ma a ben vedere postula una diversità parziale che al contrario il secondo termine nega.

Cose omogenee appartengono al medesimo *genus* in quanto condividono elementi comuni, ma, diversamente dalle cose identiche, si differenziano tra loro in ragione di ulteriori elementi specifici.

Sul piano lessicale, quindi, è esclusa la possibilità di intendere i due termini come sinonimi; come parimenti è esclusa la possibilità di intendere il termine «identico» come specificativo e rafforzativo di «omogeneo», in quanto in questa maniera si priverebbe quest'ultimo di significato proprio.

Ciò significa che all'interno del testo legislativo sussiste un inequivocabile contrasto di significati che può essere superato in due diverse maniere: o si trova una misura di convivenza tra i due termini in grado di svelare la mera apparenza di tale disarmonia o, più semplicemente e risolutamente, si fa prevalere uno dei due termini sull'altro.

Tenendo allora presente che per «identità» si intende «completa uguaglianza» e per «omogeneità» si intende «uguaglianza parziale», si potrebbero formulare quattro diverse ipotesi a seconda della soluzione data all'alternativa appena esposta.

Premesso, come detto addietro, che la natura del diritto deve essere la medesima, ovvero avere ad oggetto il pagamento di somme di denaro a titolo di restituzione o risarcimento del danno, e che i diritti di cui si richiede tutela devono appartenere alle categorie indicate dal comma 2 della norma, dando prevalenza ad uno dei due requisiti identificativi dell'azione, si po-

²⁹ *Omogeneo*: «della stessa specie, della stessa natura, dello stesso carattere, detto (in contrapposizione a eterogeneo) di una cosa rispetto ad altre o di più cose l'una rispetto all'altra», in *Lessico universale italiano di lingua lettere arti scienze e tecnica*, XV, Roma, 1975.

³⁰ *Identico*: «interamente uguale» in *Lessico universale italiano di lingua lettere arti scienze e tecnica*, X, Roma, 1972.

trebbe sostenere che i diritti tutelabili con l'azione di classe debbano essere contrassegnati:

a) dall'identità, intesa come completa uguaglianza, della *causa petendi* e del *petitum*;

oppure

b) dall'omogeneità, intesa come uguaglianza parziale, della *causa petendi* e del *petitum*.

Si potrebbe peraltro ritenere che l'identità riguardi solo uno dei due elementi oggettivi e l'omogeneità l'altro elemento.

Se così fosse, i diritti tutelabili con l'azione di classe dovrebbero essere contrassegnati:

c) dall'omogeneità della *causa petendi* e dall'identità del *petitum*;

oppure

d) dall'identità della *causa petendi* e dall'omogeneità del *petitum*.

Tuttavia, posto che la cosa oggetto della domanda, ovvero la quantità di denaro richiesta, dipende interamente dalle questioni di fatto e di diritto appartenenti alla fattispecie causale, l'ipotesi *sub d)* è irrealizzabile e come tale deve essere esclusa.

L'ipotesi *sub c)*, invece, è logicamente realizzabile, ma va parimenti esclusa perché contraddittoria rispetto alle finalità perseguite dall'azione di classe.

Può, infatti, accadere che due diritti abbiano due fattispecie causali, comprensive dei fatti che in positivo (costitutivi) ed in negativo (estintivi, impeditivi e modificativi) influiscono sulla sussistenza e sul modo di essere del diritto, che, sebbene non «completamente uguali», diano luogo al diritto al risarcimento o alla restituzione della stessa somma di denaro. Tuttavia in questo caso l'identità del *petitum* è meramente accidentale e dal punto di vista processuale non ricorre nessuna differenza tra questa ipotesi e quella descritta *sub b)*.

Ciò sta a significare che le due alternative su cui riflettere sono solo le opzioni *sub a)* e quella *sub b)*.

Più precisamente, premesso – lo si ripete – che i diritti devono avere contenuto risarcitorio o restitutorio e che devono

rientrare nelle categorie indicate dal comma secondo dell'articolo – ciò che rileva sono gli elementi condizionanti, cioè quelli appartenenti alla *causa petendi* e le alternative sono solamente due: o tutte le questioni che devono esservi racchiuse sono identiche o, diversamente, deve sussistere un rapporto di omogeneità inteso come identità solamente parziale.

3.2.3. *La prevalenza dell'«omogeneità», intesa come «identità parziale» all'interno della sistematica del nuovo art. 140-bis c. cons.*

A prima vista, stando alla lettera della legge, l'identità sembrerebbe essere stata privilegiata dal legislatore rispetto all'omogeneità, ma il dato letterale è ambiguo.

Difatti, sebbene di identità si parli in riferimento a ciascuna classe di diritti soggettivi tutelabili ai sensi del comma 2 e sebbene il legislatore utilizzi il requisito di identità nel disciplinare le condizioni di ammissibilità dell'azione, possiede un particolare risalto l'enunciato introduttivo del rimedio laddove per l'appunto è previsto con tono solenne che «i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo».

In ogni caso, superato questo primo livello letterale ed esaminate le altre disposizioni che addietro abbiamo indicato come rilevanti ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio di classe, taluni dati strutturali del procedimento dimostrano che l'unica soluzione logicamente compatibile con le restanti parti della norma è quella che accoglie come prevalente la nozione di omogeneità³¹.

³¹ Sebbene alla luce di diverse impostazioni, è questa la tesi sostenuta in prevalenza dalla dottrina processualciviltistica intervenuta sinora a commento della nuova norma. Come vedremo nel testo, peraltro, sussistono diverse incertezze relativamente alla soluzione dei quesiti che emergono una volta accolta tale soluzione e precisamente: quale trattamento sia riservato alle questioni non comuni, cioè se queste entrino nel giudizio di classe o meno; come coordinare la soluzione adottata in merito alla nozione di diritti tutelabili attraverso l'azione di classe e il contenuto della deci-

Infatti solo l'identità parziale, cioè l'omogeneità delle pretese, giustifica quanto previsto dal comma 12 dell'art. 140-bis c.

sione disciplinato dal comma 12. In ogni caso, favorevoli alla «prevalenza» dell'omogeneità sull'identità, v., tra gli altri, ALPA, G., *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato. Prime note*, in A.A.V.V., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 5; BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 1015 ss.; CONTE, G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, ivi, p. 62 ss.; COSTANTINO, G., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, in *Diritto econ. ass.*, 2010, p. 1130 ss., spec. p. 1134 ss.; COSTANTINO, G., *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 388 ss., p. 390; FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in AA.VV., *I diritti dei consumatori e la nuova class action*, a cura di P.G. Demarchi, Bologna, 2010, p. 487 ss.; DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., spec. p. 170; GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 595 ss., spec. p. 604; GUERNELLI, M., *La nuova azione di classe: profili processuali*, in *Riv. proc. civ.*, 2010, p. 917 ss., spec. p. 919; MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 1413 ss., cit., 1419 ss.; PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 251 ss., spec. p. 253 ss.; TARUFFO, M., *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 103 ss., spec. p. 114 s.; TAVORMINA, V., *La nuova class action*, cit., p. 248, nota 13; VIGORITI, V., *Finalmente, l'azione di classe. Primi rilievi*, in A.A.V.V., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 21; ZUFFI, B., *La duplice débauche subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di reclamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio per il diniego dell'accesso agli atti della Banca d'Italia*, in *Giut. it.*, 2010, p. 2612 ss., spec. p. 2617. A questi Autori vanno poi aggiunti coloro che, sebbene non affrontando *ex professo* la questione, ritengono che il giudizio possa addivenire ad una sentenza di condanna o, alternativamente, una sentenza dichiarativa della responsabilità: cfr., ad es. CAPONI, R., *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 383 ss.; CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1304 s.; COSTANTINO, G.-CONSOLO, C., *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 985 ss., spec. p. 986. In giurisprudenza, favorevole a questa lettura, v. T. Roma, 25 marzo 2011, cit.; App. Milano, 3 maggio 2011, p. 5, che, sebbene parli di identità, riferisce tale presupposto essenzialmente al titolo o all'atto illecito idoneo a danneggiare la classe; *contra*, App. Torino, 27 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, I, p. 3530 ss., con nota di A.D. De Santis; in *Guida dir.*, 2010, fasc. 47, p. 60, con nota di A. Giussani; nonché T. Roma, 11 aprile 2011, secondo cui «la tutela cumulativa può avvenire soltanto in quei casi in cui, per le caratteristiche della fattispecie sostanziale, la decisione del giudice si può basare esclusivamente su valutazioni di tipo comune, essendo del tutto inesistenti o marginali i temi personali;

cons., ovvero la disposizione che ammette due possibili ed alternative pronunce conclusive: o la sentenza di condanna con una liquidazione equitativa della somma dovuta ai sensi dell'art. 1226 c.c., oppure una pronuncia contenente la determinazione del criterio omogeneo di calcolo per la successiva liquidazione delle somme³².

Sulla base di questa considerazione i diritti individuali omogenei risultano essere quei diritti in parte identici ed in parte diversi, cioè – per l'appunto – *omogenei*.

Tuttavia, rinviando al prosieguo la riflessione sulla natura della seconda pronuncia giurisdizionale appena indicata³³, sorgono subito due interrogativi:

1) da un lato, occorre comprendere con maggiore precisione cosa si intenda per «identità» sotto il profilo qualitativo; occorre, cioè, capire con quale rigore il problema dell'identità si ponga all'interno del giudizio di classe;

2) dall'altro lato, invece, bisogna determinare fino a che punto la fattispecie dei diritti può diversificarsi; è questo un quesito – che potremmo dire quantitativo – diretto a stabilire il rapporto tra questioni identiche e questioni personali all'interno della fattispecie del diritto.

3.3. *Un secondo problema: con quale rigore intendere la relazione di identità?*

3.3.1. *Apprezzamento seriale e fatto collettivo*

Iniziando ad affrontare il primo quesito, occorre più precisamente chiedersi se il nesso di identità debba essere valutato in termini restrittivi e assolutamente rigorosi, cioè come «perfetta

non già nell'ipotesi in cui le questioni individuali da accertare – accertamento che si pone come presupposto logico giuridico della condanna – superino le eventuali questioni comuni a ciascun componente, e le caratteristiche dei diritti azionati impediscano una liquidazione dei danni omogenea e unitaria per tutte le pretese potenzialmente azionabili».

³² La questione, esposta nel testo in termini apodittici, è oggetto di approfondimento nel prossimo capitolo al § 3.2.

³³ Cfr. *infra*, cap. V, § 3.2.

uguaglianza»³⁴, o se la determinazione dell'esatto significato del nesso di identità che lega le diverse questioni debba tener conto dello specifico ambito in cui riceve applicazione.

In taluni casi, ad esempio, il problema ora indicato è agevolmente risolvibile.

Si pensi al caso in cui la domanda collettiva aspiri ad ottenere tutela per i diritti individuali dei consumatori derivanti dall'applicazione di una clausola contrattuale vessatoria ai sensi dell'art. 33 c. cons.³⁵

In questo caso la clausola applicata al consumatore A è senz'altro interamente uguale alla clausola applicata al consumatore B e così via.

Abbiamo a che fare con un rapporto di identità tra le questioni che ritroviamo anche nel codice di rito all'art. 103, comma 1, laddove si riconosce alle parti la possibilità di dar vita ad un giudizio plurisoggettivo quando la decisione dipenda, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di «identiche questioni».

Il discorso diviene più sfuggente riferendosi ad altre fattispecie, quali – ad esempio – la commercializzazione di un prodotto difettoso o le pratiche commerciali scorrette.

Queste due situazioni, viste nella prospettiva di apprezzamento puntuale e sintetico del fatto che si rinviene comunemente nella descrizione analitica della fattispecie causale di un certo effetto giuridico, appaiono, come nell'esempio della clausola abusiva, «identiche». Si potrebbe allora dire che il consumatore A ed il consumatore B – e così via – sono stati lesi dalla stessa, «identica», pratica commerciale scorretta o hanno subito un pregiudizio derivante dalla commercializzazione dello stesso «identico» prodotto. Eppure è evidente che, uscendo dalla facile astrazione dettata dalla norma, le due situazioni descritte costituiscono insiemi complessi di fatti all'interno dei quali sono numerosissime le circostanze che caratterizzano la situazione vis-

³⁴ Cfr. *retro*, nota 30.

³⁵ Su cui, v. di recente AA.VV, *Sub Art. 33*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2010, p. 236 ss.

suta da ciascun consumatore rendendola tutt'altro che propriamente «identica» alle altre sul piano empirico.

Sotto il profilo oggettivo sono fatti complessi quei fatti non riconducibili ad un evento semplice e specifico, ma ad un insieme di componenti che talora si snodano lungo un significativo arco temporale.

Sono, invece, fatti complessi sotto il profilo soggettivo quei fatti la cui particolarità non va ricercata nella struttura eventualmente composita del fatto o nella sua durata, bensì nella sua dimensione soggettiva, caratterizzata – cioè – dar riferirsi a più soggetti³⁶.

Su questo secondo piano il grado di complessità cresce in termini geometrici in ragione dell'influenza che la componente soggettiva e personale possiede nella dinamica del fatto. Come la pratica commerciale può avere un diverso effetto secondo il soggetto che la subisce, a maggior ragione la pericolosità e la dannosità di un certo prodotto o di una sostanza tossica, dipendono inevitabilmente da una serie di elementi soggettivi, quali lo stile di vita del soggetto, i fattori ereditari, nonché ulteriori elementi concorrenti³⁷. In altri termini la dimensione collettiva opera un

³⁶ Le definizioni riportate nel testo sono quelle offerte da TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici, Nozioni generali*, Milano, 1992, p. 121 ss. Di recente, ulteriori approfondimenti sulla nozione di fatto complesso sono svolti da GAMBA, C., *Diritto societario e ruolo del giudice*, Padova, 2008, p. 399 ss. spec. p. 417 ss.

³⁷ Un'interessante analisi della progressiva complessificazione del «fatto collettivo» la si trova in WEINSTEIN, J.A., *Individual Justice in Mass Tort Litigation, The Effect of Class Actions, Consolidations, and other Multiparty Devices*, Evaston, 1995, p. 16 ss., ove l'A. distingue tra quattro «types of disasters»: a) «clear cause – single event – injuries proximate in time and space» (è il caso dell'incidente aereo, perdita di sostanza velenose da impianti industriali, ecc.); b) «clear cause – multiple events injuries nonproximate in place» (è l'ipotesi di un prodotto commerciale la cui dannosità è altamente probabile ed i cui effetti si realizzano in uno spazio temporale verosimilmente ridotto); c) «unclear cause – multiple events – injuries nonproximate in time and space» (è la più complessa ipotesi in cui la situazione pregiudizievole che investe i singoli può rilevarsi più o meno generalizzata all'interno della popolazione, attenuando così la riconducibilità del danno all'evento dannoso; tipico è il caso delle vittime da amianto o da fumo); d) «unclear cause – multiple events – injuries nonproximate in time and space – identities of both producers and injured unclear» (detta ipotesi si

effetto moltiplicatore della complessità, in quanto ogni soggetto contribuisce in proprio e differenziatamente allo sviluppo del fenomeno che, nella sua dimensione collettiva, può apparire unitario ed indifferenziato, ma analiticamente è composto da una pluralità di diverse circostanze.

Nel giudizio di classe, quindi, il problema della complessità del fatto sussiste sempre: di certo sul piano soggettivo; frequentemente su quello oggettivo.

D'altro canto la natura collettiva del giudizio spinge verso una prospettiva in parte differente rispetto a quella che verrebbe adottata se guardassimo il problema dal punto di vista del giudizio individuale.

Come autorevolmente indicato, infatti, l'accertamento del fatto complesso implica due diverse operazioni: quello della determinazione del fatto e quello della prova del medesimo³⁸.

Sul primo piano la complessità del fatto collettivo comporta una minore precisione nell'opera di determinazione del fatto e questo, all'interno del giudizio di classe, influisce anche – inevitabilmente – sulla rilevazione del nesso di identità tra i diversi diritti, in quanto si assiste ad un annebbiamento del grado di specificità appartenente al singolo rapporto giuridico.

Ciò favorisce l'apprezzamento *seriale* delle diverse pretese e così l'emersione della *dimensione tipica* che appartiene a cia-

realizza allorché si verifichi l'aumento dell'incidenza di una comune malattia, ma sia difficoltoso determinare quali persone ne soffrano come risultato dell'esposizione a particolari sostanze tossiche, il cui impiego non esclusivo determina la difficile imputazione della responsabilità ad un soggetto piuttosto che ad un altro; ipotesi – quest'ultima – ulteriormente complicata dalla possibile latenza della malattia per lunghi periodi). Per ulteriori approfondimenti, v. il recente lavoro di Poddighe, E., *I mass torts nel sistema della responsabilità civile*, Milano, 2008, *passim*; per ulteriori indicazioni in riferimento ai *mass torts*, v. *retro*, cap. I, § 5.1.

³⁸ TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 122: «il problema principale che riguarda i fatti complessi, e che ovviamente diventa più grave con l'aumentare della complessità, deriva dal loro essere difficilmente determinabili con precisione analitica; con la conseguenza che può essere assai difficile stabilire che cosa sia oggetto di prova (ossia che cosa si debba provare per realizzare la condizione di applicazione della norma)».

scuna di esse sino a poter concepire l'insieme delle pretese come espressione di una sola ed unica pretesa collettiva in capo alla classe stessa.

Da questo punto di vista sono illuminanti le disposizioni che troviamo in altri ordinamenti, nei quali la legge manifesta chiaramente la consapevolezza che nel giudizio collettivo si verifica una necessaria perdita di precisione rispetto al giudizio individuale in punto di determinazione del fatto; e non a caso non si parla mai di questioni «identiche», ma di questioni «comuni» o «simili», precisando talora espressamente che le questioni «comuni» non devono essere intese come «identiche»³⁹.

Nel codice del consumo una esigenza di apprezzamento semplificatorio del fatto emerge sul piano della delineazione delle regole sostanziali in riferimento alla determinazione delle diverse nozioni di pratica commerciale contraria agli interessi dei consumatori, come ad esempio accade all'art. 20 c. cons., secondo cui è tale la pratica contraria alla diligenza professionale, ovvero quella che falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione ad un prodotto, del consumatore *medio* che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro *medio* di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori.

Quando allora nel giudizio di classe si parla di diritti identici e, più precisamente, si volge l'attenzione verso gli elementi della fattispecie che devono essere «uguali», il concetto di iden-

³⁹ Le *Federal Rules of Civil Procedure*, 23 (a) (2), si riferiscono alle «questioni di diritto o di fatto comuni alla classe»; la Part IV-A (*Representative Proceedings*) del *Federal Court of Australia Act* (1976), alla *rule* 33C, *Commencement of proceeding*, parlano di «domande che sorgono dalle stesse circostanze o da circostanze simili o collegate»; in Canada, sia il *Class Proceeding Act*, S.O. 1992, *Chapter* 6, dell'Ontario, che la Parte Prima del *Class Proceedings Act* (1996) della British Columbia, prevedono che per «questioni comuni» si intenda «questioni di fatto comuni non necessariamente identiche, oppure questioni di diritto comuni, non necessariamente identiche, che emergono da questioni comuni di fatto non necessariamente identiche»; nel *Group Proceeding Act* svedese, la *section* 8, prevede che l'azione sia fondata su «circostanze che siano comuni o abbiano simile natura».

tità deve essere inteso non in senso assoluto, ma in termini relativi, ovvero più precisamente come rapporto di «comunanza».

E così, ad esempio, va ritenuta senz'altro identica una certa condotta costituita da un insieme di atti che, all'interno di un certo arco temporale, si sono ripetuti con sequenza seriale, ovvero con modalità sostanzialmente identiche e tali da poter essere apprezzati in una dimensione unitaria⁴⁰.

In questa prospettiva va, peraltro, richiamata l'attenzione su due circostanze di rilievo: *a)* al momento di ammettere l'azione, ai sensi del comma 9, lett. *a)*, dell'art. 140-*bis* c. cons. spetta al giudice definire la «finestra» fattuale entro cui si svolge il giudizio di classe, spetta – cioè – al giudice determinare nel contraddittorio con le parti i fatti comuni, eventualmente purificando una certa sequenza fattuale dalle circostanze disomogenee, le quali rimarranno fuori dal processo⁴¹; *b)* a giudizio già ammesso, il convenuto rimane in ogni caso libero di allegare elementi tali da convincere il giudice della non appartenenza di un certo consumatore aderente al giudizio proprio in ragione della specificità della sua situazione⁴².

Al di là di queste due precisazioni, va comunque rimarcato che l'operazione semplificatoria di cui si discorre deve però essere condotta con estrema cautela riguardo ai fatti che meno agevolmente possono essere valutati in senso collettivo e tenendo conto che anche su questo crinale si deve trovare un punto di

⁴⁰ È appunto il caso delle pratiche commerciali scorrette o della commercializzazione del prodotto difettoso. Sul punto la riflessione dottrinale è risalente in quanto formatasi anche in materia di azioni inibitorie individuali o anche collettive: cfr. ad es. il dibattito sul procedimento di repressione della condotta antisindacale, riguardo al quale, già la Relazione al disegno di legge sull'art. 28 dello Statuto dei lavoratori del Ministro on. Brodolini chiariva che la tecnica adottata per delineare la fattispecie era stata quella più coerente con il fine di «precludere quelle pratiche limitative dell'azione sindacale tanto più insidiose in quanto difficilmente definibili»; sul punto, v., in particolare, LANFRANCHI, L., *Prospettive ricostruttive in tema di art. 28 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 388 ss., spec. p. 403.

⁴¹ Riguardo alle conseguenze sull'ambito oggettivo e soggettivo dell'effetto di consumazione del potere di azione, v. *infra*, cap. V, § 4.

⁴² Cfr. *infra*, § 4.2.

equo bilanciamento tra le diverse esigenze a cui risponde la tutela collettiva risarcitoria: da un lato, le esigenze di efficienza ed economia processuale, dall'altro, la tutela giurisdizionale effettiva dei consumatori, nonché il rispetto del diritto di difesa del convenuto.

Il fatto che la controversia verta su questioni «identiche», infatti, evita la duplicazione del processo sulla medesima questione ed al contempo garantisce che il proponente, divenuto attore collettivo, ed il convenuto possano apprestare le proprie difese in termini adeguati alla reale essenza della controversia. Se, infatti, si trattassero come identiche questioni che in realtà non lo sono, si potrebbero realizzare sul fronte processuale delle distorsioni della realtà sostanziale tali da rendere l'esito del giudizio non più rispondente alla realtà delle cose.

Questo di per sé può verificarsi sempre in un processo dispositivo nel quale le parti con i loro poteri delimitano il materiale di causa attraverso il quale il giudice può guardare la realtà sostanziale, ma non può ovviamente accadere in ragione di una regolamentazione processuale, che, per come è concepita, produce «istituzionalmente» tali alterazioni.

Va inoltre precisato che gli esiti negativi di queste alterazioni non sono agevolmente prevedibili, in quanto, a seconda dei casi, possono prodursi in termini svantaggiosi per i consumatori oppure per il convenuto.

I primi potrebbero veder disconosciuto il loro diritto in quanto la domanda collettiva, non essendo correttamente formulata, non li riguarda; il secondo potrebbe soccombere in un giudizio collettivo, proprio perché si vede negata sulla base di una presunta comunanza la possibilità di diversificare le difese in relazione alle differenti circostanze che appartengono a ciascun rapporto sostanziale.

Entro quali limiti, allora, si può ridurre un contenzioso collettivo plurimo ad una unica pretesa di classe? E quali strumenti possono essere impiegati a tale fine?

La ricerca di risposte agli interrogativi ora formulati porta l'attenzione sulle diverse disposizioni che il nuovo art. 140-*bis* c.

cons. prevede in punto di forme della cognizione ed a tal proposito acquista particolare rilievo quanto disposto dal comma 11 nella parte in cui è previsto che «il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti»; norma che, come indicato sin dalle prime pagine di questo percorso di ricerca, costituisce una riproduzione letterale della sezione (d) (1) della *rule* 23.

La disposizione ora riportata costituisce uno degli elementi di maggior novità del nuovo art. 140-*bis* c. cons. in quanto la sua *ratio* è evidentemente quella di favorire la tutela giurisdizionale dei diritti individuali dei consumatori in una dimensione collettiva e aggregata.

Più precisamente la norma si muove sul piano dell'accertamento del fatto e, nell'imporre al giudice di evitare «indebite ripetizioni», nonché anche «*complicazioni* nella presentazione di prove e argomenti», costituisce un tipico ed essenziale strumento di tutela effettiva dei diritti dei consumatori.

Sin dal primo capitolo di questo lavoro, si è evidenziato il fatto che la tutela collettiva risarcitoria consente l'emersione di un contenzioso latente, un contenzioso legato ad illeciti a rilevanza collettiva i cui costi, in assenza di adeguati strumenti giurisdizionali, vengono sistematicamente fatti ricadere sui consumatori, che vedono i loro diritti rimanere promesse puramente formali fatte da un ordinamento assolutamente privo di effettività.

Solo la tutela collettiva delle diverse pretese consente di riequilibrare la posizione del consumatore rispetto alla parte professionale dando pieno riconoscimento nel processo ai diritti soggettivi attribuiti sul piano sostanziale dalla normativa consumeristica.

Questa esigenza, d'altro canto, porta con sé – e giustifica al contempo – una variazione delle regole del processo, che, come già indicato, nello strutturarsi come un «giusto» processo collettivo, deve adeguarsi alla natura specifica della controversia⁴³.

Ecco quindi la necessità costituzionalmente fondata di mo-

⁴³ Cfr. *retro*, cap. I, §§ 5 ss.

dificare le regole dell'istruzione probatoria per consentire l'effettiva praticabilità del processo collettivo e con essa l'effettiva tutela dei diritti individuali⁴⁴.

Se questa è la prospettiva funzionale entro la quale occorre guardare alla disposizione poc'anzi richiamata, i profili problematici che emergono dalla sua applicazione sono numerosi sebbene si muovano prevalentemente lungo due essenziali direttrici di riflessione⁴⁵.

La prima direttrice è strettamente legata al tema oggetto delle nostre attuali attenzioni e riguarda la determinazione dei rapporti di influenza che sussistono tra la previsione processuale prevista dal comma 11 dell'art. 140-*bis* c. cons. e il problema dell'oggetto del giudizio di classe in particolare riferimento alla verifica del requisito di identità. In altri termini occorre chiedersi se la possibilità di evitare «indebite ripetizioni e complicazioni nella presentazione di prove e argomenti» influisca anche sulla determinazione del nesso di identità tra i diritti soggettivi dei consumatori.

Qualora si risolvesse positivamente questo interrogativo, bisognerebbe – allora – chiedersi anche entro quali limiti e con quali modalità debba essere condotta questa operazione di semplificazione dell'attività probatoria consentita dall'art. 140-*bis* c. cons. in ragione delle particolari esigenze di tutela appartenenti all'azione di classe.

Iniziando dal primo piano di riflessione, non pare dubbio che il comma 11 del nuovo art. 140-*bis* c. cons. disciplini in via diretta una questione di rilievo processuale attinente al piano probatorio, cioè all'accertamento del fatto storico.

Per questa ragione, bisognerebbe ritenere che l'operatività del comma 11, più che influire sul problema dell'identità, po-

⁴⁴ Da ultimo, COMOGLIO, L.P., *Le prove civili*, Milano, 2010, p. 135; DALMOTTO, E., *L'onere della prova e la protezione del consumatore*, in *Consumatori e processo, La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, a cura di S. Chiarloni e Fiorio, Torino, 2005, p. 85 ss.

⁴⁵ La difficile interpretazione della norma è evidenziata da MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1430, nota 37.

stula essa stessa la previa soluzione del problema dell'identità, ovvero la verifica positiva della sussistenza di quel nesso tra le questioni che condiziona l'ammissibilità della domanda⁴⁶.

Tuttavia, la possibilità che possano realizzarsi semplificazioni sul piano probatorio significa anche, inevitabilmente, che taluni profili di specificità che appartengono ad una certa situazione ed apprezzabili in riferimento ai singoli rapporti individuali possono essere superati.

È un po' la dinamica dei vasi comunicanti.

La semplificazione probatoria, pur collocata sul piano istruttorio, risale la catena logica poc'anzi indicata rifluendo sino sul piano sostanziale, ovvero sul piano della preliminare determinazione del fatto comune ai diversi diritti. In altri termini contribuisce anch'essa all'opera di tipizzazione delle pretese.

Si potrebbe anche sostenere che non è questo lo scopo della disposizione in esame in quanto la norma nel riferirsi alle «ripetizioni» ed alle «complicazioni» «indebite» colpisce semplicemente le attività processuali superflue.

Tuttavia, questa interpretazione non può essere accolta, in quanto essa priva di contenuto precettivo il comma 11 dell'art. 141-*bis* c. cons.

Il nostro ordinamento, infatti, contempla regole specifiche che consentono di orientare il procedimento giurisdizionale ed in particolare l'istruzione probatoria verso il suo naturale risultato, ovvero l'eliminazione dell'incertezza riguardo la sussistenza o meno dei fatti storici controversi, senza pregiudizio del fondamentale principio di economia processuale.

Questa funzione è già assolta, da un lato, dagli artt. 183, comma 7, e 698, comma 2, c.p.c., che prevedono il potere-dovere del giudice di assumere i mezzi di prova «rilevanti», ovvero quelli astrattamente idonei a dimostrare la sussistenza del fatto, e, dall'altro, dall'art. 209 c.p.c., che consente al giudice, sulla base dei risultati già raggiunti, di non procedere all'assunzione – «superflua» – di ulteriori mezzi di prova.

⁴⁶ Se ben inteso è questa la prospettiva indicata da MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1479 ss.

Sono questi due filtri che, operando, il primo, in via astratta e preventiva e, il secondo, in via concreta e successiva, escludono il compimento di attività processuali istruttorie «indebite» ovvero sostanzialmente non utili o, se si vuole aberranti, rispetto alla naturale esigenza di accertamento dei fatti storici all'interno del giudizio⁴⁷.

Ecco però che a questo punto si apre il secondo fronte di riflessione: quali sono gli strumenti che possono essere impiegati per evitare «indebite ripetizioni», nonché anche «complicazioni nella presentazione di prove e argomenti»?

Il fenomeno della semplificazione delle tecniche di accertamento probatorio dei fatti complessi è cosa nota al nostro ordinamento, ma il tema risulta in gran parte ancora inesplorato in particolare riferimento al processo collettivo.

In senso molto ampio può intendersi per semplificazione probatoria ogni tecnica processuale che renda «più semplice» la prova del fatto mediante una deroga al principio sancito dall'art. 2697 c.c., cioè mediante la disapplicazione della regola formale di giudizio ivi prevista dall'art. 2697 c.c., oppure mediante un abbassamento degli *standards* probatori e così via⁴⁸.

Nel nostro ordinamento una previsione particolarmente significativa nella prospettiva di studio ora indicata ricorre in materia antidiscriminatoria.

In questo ambito il legislatore ha ritenuto opportuno dettare una particolare disciplina dell'onere probatorio per agevolare il ricorrente nella prova del carattere discriminatorio della condotta specie quando tale carattere è difficilmente dimostrabile, ovvero nella discriminazione indiretta e collettiva⁴⁹.

Sulla scia della legge sulle azioni positive del 1991, il nostro

⁴⁷ Cfr., per tutti, COMOGLIO, L.P., *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1982, p. 198 ss.

⁴⁸ Da ultimo, v. TARUFFO, M., *Prova giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, p. 1016 ss., spec. 1035 ss.; cfr. anche ID., *Rethinking the Standards of Proof*, 51 *Am. J. Comp. L.* 659 (2003).

⁴⁹ Cfr. per le dovute indicazioni bibliografiche il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 601 ss.

ordinamento contempla diverse previsioni di simile contenuto rivolte a dare soluzione al problema ora indicato⁵⁰.

L'art. 40 del codice di pari opportunità, ad esempio, dispone che «quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all'assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti, idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l'onere della prova sull'insussistenza della discriminazione».

Che la disposizione ora in questione sia volta a semplificare la prova della discriminazione è indubbio, tuttavia, anche di fronte ad una previsione legale specifica, la comprensione della tecnica semplificatoria adottata dal legislatore non è stata propriamente agevole.

A tal riguardo, secondo parte della dottrina, questa norma introdurrebbe una diversa ripartizione dell'onere probatorio rispetto alla regola generale prevista dall'art. 2697 c.c. e tale risultato sarebbe realizzato mediante l'impiego delle presunzioni: semplici per alcuni⁵¹, legali (ma relative) per altri⁵². Con la differenza che, nel primo caso, il valore innovativo della norma sarebbe abbastanza ridotto, mentre, nel secondo caso, questo si apprezzerebbe in riferimento al vincolo imposto al giudice nella valutazione della prova. Mentre nell'opinione di un altro orien-

⁵⁰ Cfr. la nostra recente voce *Parità di trattamento tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *Enc. giur. Trec*, Roma, 2008, p. 3.

⁵¹ GUARRIELLO, F., *Le azioni in giudizio*, in *Il diritto diseguale, La legge sulle azioni positive*, a cura di Gaeta e Zoppi, Torino, 1992, p. 186 ss., spec. p. 192;

⁵² TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 481 ss.; ID., *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 733 ss., spec. p. 748; SASSANI, B., *Aspetti processuali della l. n. 125/91 («Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro»)*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, p. 860 ss.; ID., in SASSANI, B.-VALLEBONA, A., *Le pari opportunità: onere della prova e sanzioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1992, p. 123; ID., *L'onere della prova*, in *La riforma delle istituzioni e degli strumenti delle politiche di pari opportunità*, a cura di M. Barbera, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 623 ss.;

tamento il *proprium* di tale disposizione non dovrebbe essere rilevato nell'inversione dell'onere probatorio, quanto nel consentire al ricorrente la prova semi-piena del fatto costitutivo⁵³. Per una diversa opzione interpretativa, poi, la disposizione poc'anzi riportata avrebbe il solo scopo di realizzare un alleggerimento del carico probatorio mediante una applicazione attenuata delle presunzioni semplici, ovvero mediante l'esclusione del requisito di «gravità», accanto a quelli espressamente richiamati della «precisione» e della «concordanza»⁵⁴.

3.3.2. *Il nesso di causalità*

In riferimento all'art. 140-*bis* c. cons. il discorso è ancor più complesso rispetto a quanto appena sommariamente indicato in materia antidiscriminatoria, in quanto il comma 11 non definisce né l'ambito delle questioni soggette a semplificazione probatoria, né gli strumenti utilizzabili per raggiungere tale risultato; ed appare assai dubbio che detta semplificazione possa essere ottenuta operando direttamente sul carico probatorio gravante in capo all'attore, ad esempio, ritenendo sufficiente la prova semi-piena del fatto o addirittura la verosimiglianza delle enunciazioni fattuali formulate al fine di far ricadere sul convenuto la prova negativa del fatto controverso⁵⁵.

⁵³ L'attenuazione del carico probatorio mediante l'istituto della prova *prima facie* è sostenuta da DENTI, V., *L'inversione dell'onere della prova: rilievi introduttivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 709 ss., spec. p. 712.

⁵⁴ Così, ad es., DE ANGELIS, L., *Profili della tutela processuale contro le discriminazioni tra lavoratori e lavoratrici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, p. 457 ss., ma spec. p. 462; CICCANTI, V.E., *Profili processuali della tutela della parità tra uomini e donne in materia di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 1187 ss., ma spec. p. 1201.

⁵⁵ Salvo non si ritenga che il richiamo di enunciati normativi presenti anche nel procedimento cautelare (cfr. ancora il comma 11 del nuovo articolo) stia a significare che, come ritenuto da parte della dottrina in riferimento al procedimento sommario decisorio, il giudice non debba raggiungere un pieno convincimento circa la sussistenza dei fatti per poter accogliere la domanda: così, ad es., ROMANO, A.A., *Appunti sul nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 165 ss., spec. p. 192. L'ipotesi ora indicata è respinta, condivisibilmente, da MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1472 ss. Per ulteriori approfondimenti, v. *infra*, § 4.2.

Una delle tematiche che più delle altre aiuta a comprendere i profili problematici che devono essere gradatamente individuati e risolti dalla riflessione attorno alla nuova azione di classe è costituita di certo dal nesso causale.

Quest'ultimo, infatti, apprezzato nella dimensione collettiva dell'illecito, pone tipicamente i problemi poc'anzi indicati riguardo al fatto complesso, ovvero quello dell'esatta determinazione del fatto, nonché quello della dimostrazione probatoria della sua sussistenza; due profili strettamente legati, ancor prima che in riferimento alla verifica nel merito della sussistenza del nesso causale, riguardo alla stessa identificazione della relazione di identità tra le questioni costitutive dei diritti individuali dei consumatori.

Riguardo alla determinazione del fatto, particolare rilievo spetta al criterio di selezione delle circostanze rilevanti che precede la successiva verifica della sussistenza del requisito di identità.

Come indicato in dottrina, in chiave di riflessione generale⁵⁶, infatti, non tutta la complessità che sul piano empirico appartiene al fatto entra nel processo, in quanto la legge indica talora criteri di valutazione del fatto che orientano l'attività di giudizio verso solo talune circostanze fattuali.

In riferimento alla nesso di causalità questa operazione può essere particolarmente complessa anche rimanendo nella sfera puramente individuale in quanto nella determinazione del collegamento eziologico che sussiste tra il fatto e l'evento dannoso è talora difficile comprendere quale debba essere il criterio da applicare ad una certa situazione per selezionare gli elementi rilevanti ai fini della determinazione del nesso stesso.

Il nesso di causalità, infatti, non può essere provato direttamente e la riflessione dottrinale e giurisprudenziale ha cercato di elaborare diverse teorie al fine di determinarne la sussistenza⁵⁷.

⁵⁶ TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 121 ss.; GAMBÀ, C., *Diritto societario e ruolo del giudice*, cit., p. 399 ss.

⁵⁷ È ampia la letteratura in materia di nesso di causalità nel diritto civile. Senza pretesa di completezza, v. FORCHIELLI, P., *Il rapporto di causalità nell'illecito civile*, Pa-

Non è questa la sede per ripercorrere queste teorie, basti qui rilevare che ciascuna di queste propone uno specifico criterio selettivo della realtà nella misura in cui, in astratto, ritiene di attribuire rilevanza a taluni elementi del fenomeno piuttosto che ad altri; sicché, di conseguenza, l'applicazione di una teoria piuttosto che di un'altra influisce anche sul problema dipendente della verifica del requisito di identità.

Ad esempio tutte le teorie che tendono verso l'accertamento meno rigoroso del nesso, ovvero tendenzialmente meno calibrato sulle specifiche circostanze appartenenti alla situazione individuale del danneggiato, agevolano l'ammissibilità della tutela collettiva.

Diversamente, le teorie più attente a rintracciare in concreto il collegamento specifico tra il fatto e l'evento, di per sé riducono – sempre in astratto – le possibilità di tutelare più pretese risarcitorie in via collettiva.

In altri termini con l'applicazione di una teoria piuttosto che un'altra acquisiscono rilievo talune circostanze piuttosto che altre. Nel giudizio individuale questa operazione può rendere più o meno agevole la dimostrazione del nesso. Nel giudizio collettivo tale operazione, ancor prima di agevolarne la dimostrazione,

dova, 1960; TRIMARCHI, P., *Causalità e danno*, Milano, 1966; REALMONTE, F., *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967; BARCELLONA, M., «Scopo della norma violata», interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 311 ss.; MONATERI, P.G., *Nesso causale e determinazione della responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 1982, p. 456 ss.; CARBONE, V., *Il rapporto di causalità*, in ALPA, G.-BESSONE, M. (a cura di), *La responsabilità civile, Aggiornamento 1988-1996*, Torino, 1997, p. 51 ss.; GERI, V., *Il rapporto di causalità in diritto civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1983, p. 187 ss.; VALCAVI, G., *Sulla causalità giuridica nella responsabilità civile da inadempienza e da illecito*, Padova, 2001; CENDON, P., *Condotte dolose e causalità giuridica*, in CENDON, P. (a cura di), *Persona e danno*, Milano, 2004, p. 259 ss.; CAPECCHI, M., *Il nesso di causalità, Da elemento della fattispecie «fatto illecito» a criterio di limitazione del risarcimento del danno*, Padova, 2005; TARUFFO, M., *La prova del nesso causale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, p. 101 ss. Nella dottrina penalistica, in riferimento al nesso di causalità materiale, con ampia ricognizione critica delle diverse teorie sulla causalità, v. di recente, v. PAGLIARO, A., *Causalità (rapporto di)*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, p. 153 ss. Cfr. la raccolta di saggi *I saperi del giudice, La causalità e il ragionevole dubbio*, a cura di F. Stella, Milano, 2004.

può influire in rito riguardo alla possibilità di determinare il nesso di identità tra i diritti.

Passando al piano della prova, il tema dell'accertamento del nesso causale rinvia inevitabilmente al possibile utilizzo a tal fine della prova scientifica nel processo ed in particolare della prova statistica⁵⁸.

In questa direzione, peraltro, si aprono due prospettive distinte, che necessitano separato approfondimento.

In primo luogo, si apre la possibilità di impiegare la prova statistica intesa come l'utilizzo con funzione probatoria all'interno del processo di «frequenze statistiche “scientificamente controllate”, relative al numero di casi nei quali un certo evento si verifica entro una popolazione data»⁵⁹.

Tuttavia i limiti entro cui impiegare la prova statistica nel processo sono piuttosto controversi, in quanto lo strumento, per come esso stesso è concepito, prescinde dall'accertamento effettivo e diretto della cause che hanno condotto alla produzione di un certo evento all'interno di un catena causale specifica.

⁵⁸ Sulla prova statistica, v. in particolare FROSINI, B.V., *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, Milano, 2002. Il tema, peraltro, viene di sovente affrontato nella più ampia cornice della c.d. prova scientifica. Cfr., di recente, TARUFFO, M., *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 1, Milano, 2008, p. 965 ss., spec. p. 971 ss. Sulla prova scientifica, per primo in Italia, v. DENTI, V., *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*, in *Riv. proc. civ.*, 1972, p. 414 ss. Successivamente l'argomento è stato oggetto di studio da parte di TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 307 ss.; ID., *Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, p. 219 ss.; ID., *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria*, in *Decisione giudiziaria e verità scientifica, Quaderni della riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 2005, p. 3 ss.; ID., *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1079 ss.; ID., *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, cit., p. 965 ss. Negli ultimi anni il tema ha dato luogo a diversi altri lavori, tra cui, v. ANSANELLI, V., *Problemi di corretta utilizzazione della «prova scientifica»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1333 ss.; LOMBARDO, L., *Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 1083 ss.; ID., *La scienza del giudice nella ricostruzione del fatto*, *ivi*, 2007, p. 35 ss. Da ultimo, v. COMOGLIO, L.P., *Le prove civili*, cit., p. 92 ss. In ambito processual-penalistico, v. la recente voce di DOMINIONI, O., *Prova scientifica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 1, Milano, 2008, p. 976 ss.

⁵⁹ Così, TARUFFO, M., *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, cit., 971.

La tecnica che allora viene impiegata per poter ricollegare il dato statistico al singolo specifico fatto è costituita dall'applicazione di una regola di inferenza secondo cui «se E si verifica X volte su cento, allora il singolo fatto E si è verificato con una probabilità di X per cento»; come autorevolmente osservato, «occorre tuttavia che questa regola di inferenza faccia riferimento a valori di X molto elevati, ossia che la frequenza con cui si constata il verificarsi di E sia molto alta, e sostanzialmente approssimabile a cento per cento: solo in questo caso, infatti, si potrebbe creare un'inferenza “quasi-deduttiva” idonea ad attribuire un adeguato grado di “certezza pratica” alla conclusione relativa all'esistenza del fatto da provare»⁶⁰.

Per questa ragione si ritiene che al ricorrere di valori di frequenza medi o medio-bassi, se non bassissimi, come nel caso dei dati forniti dagli studi epidemiologici, il dato statistico sia utile solamente a dimostrare una correlazione di causalità generale, se non solamente un incremento del rischio, ma non il nesso specifico che all'interno di un giudizio individuale deve essere dimostrato per collegare l'evento al fatto⁶¹.

Il discorso è parzialmente diverso in materia di azioni risarcitorie di classe, nelle quali anche la dimostrazione del nesso di causalità generale può avere un ruolo essenziale⁶².

Ciò accade in particolar modo allorquando sulla base del nesso generale sia comunque possibile accertare la responsabilità della parte convenuta. Le azioni di classe fondate sul regime di

⁶⁰ Così, TARUFFO, M., *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, cit., p. 972.

⁶¹ Cfr., in particolare STELLA, F., *Verità, scienza e giustizia: le frequenze medio-basse nella successione degli eventi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1215 ss.; FROSINI, B.V., *Le prove statistiche nel processo civile e nel processo penale*, cit., p. 146 ss.; TARUFFO, M., *La prova del nesso causale*, cit., p. 118 ss.

⁶² TARUFFO, M., *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria*, cit. spec. p. 13, ove si osserva che nei c.d. *mass torts* «l'idea del nesso causale tra due eventi specifici si allenta e si attenua fino a scomparire»; cfr. anche ID., *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 132 ss. Per lo studio della problematica all'interno del giudizio collettivo, v. in particolare GIUSSANI, A., *La prova statistica nelle «class action»*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 1033 ss.; ID., *Le «mass tort class actions» negli Stati Uniti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 331 ss.

opt-out, infatti, nell'ipotesi ora indicata, contemplanò la possibilità di determinare l'ammontare di danno complessivamente prodotto con la condotta illecita da parte del convenuto, rinviando alle successive fasi del giudizio la ripartizione e la liquidazione ai singoli danneggiati della loro quota individuale⁶³.

Nella nostra azione di classe, questo risultato non è conseguibile; tuttavia, come meglio vedremo, l'accertamento di un nesso di causalità generale potrebbe comunque avere rilievo nel caso in cui la pronuncia si limiti alla dichiarazione di responsabilità e, sulla scia della giurisprudenza formatasi in materia di condanna generica, si richieda l'accertamento sommario del nesso di causalità; in questa ipotesi si potrebbe ritenere che nel giudizio di classe debba essere accertato almeno il nesso di causalità generale e nei successivi giudizi individuali si debba dimostrare la sussistenza del nesso causale specifico⁶⁴.

Prima di chiudere questa ampia digressione sul concetto di identità, occorre ancora aggiungere che il fenomeno della prova statistica, proprio in materia di azioni di classe, può dar luogo ad un'applicazione ulteriore e particolare, ovvero alla c.d. prova a campione.

La legislazione canadese prevede espressamente che allo scopo di determinare l'ammontare o la ripartizione del danno aggregato, il giudice possa ammettere come prova dati statistici che altrimenti non sarebbero ammissibili, incluse le informazioni prese a campione (*sampling*) con l'osservanza dei principi generalmente accettati dalla scienza statistica⁶⁵.

In ambito statunitense, ad esempio, la prova a campione ha ricevuto un recente impiego nel contezioso da sigarette *Light*⁶⁶. Nel dettaglio il giudice distrettuale ha ritenuto opportuno certi-

⁶³ Per approfondimenti, v. *infra*, nota 89.

⁶⁴ Cfr., *infra*, cap. V, § 3.2.5.

⁶⁵ Così, la *rule 30* del *Class Proceedings Act* (1996) della British Columbia; nonché la *rule 23* del *Class Proceeding Act*, S.O. 1992, *Chapter 6*, dell'Ontario.

⁶⁶ In argomento, v. Poddighe, E., *I mass torts nel sistema della responsabilità civile*, cit., p. 129 ss.

ficare un'azione rappresentativa per circa 50 milioni di fumatori con richiesta di danni superiore agli ottocentomila milioni di dollari, ritenendo conforme alle direttive della *rule 23* l'impiego della prova a campione ai fini della dimostrazione del nesso causale⁶⁷.

Questa tecnica consiste nel selezionare un campione di controversie all'interno della classe e verificare la sussistenza del nesso causale all'interno del campione. Nel caso in cui la frequenza statistica sia elevata, il risultato raggiunto, in quanto rappresentativo del dato seriale, può essere esteso a tutta la classe⁶⁸. Tuttavia anche l'utilizzazione di questa tecnica è piuttosto controversa e fortemente contrastata dalla giurisprudenza statunitense nella quale ha trovato impiego raramente⁶⁹.

3.4. *Un terzo problema: quale grado di disomogeneità non esclude la tutela di classe?*

3.4.1. *Considerazioni introduttive*

Giunti a questo punto della riflessione si arriva ad una delle questioni più importanti e delicate riguardo alla determinazione dell'oggetto del giudizio.

Difatti, appurato con un grado di sufficiente sicurezza che il giudizio di classe *ex art. 140-bis c. cons.* riesce a garantire una tutela (vedremo meglio come in queste pagine) di diritti la cui sussistenza ed il cui modo di essere dipende non solo da questioni comuni o identiche, ma anche da questioni differenziate, bisogna

⁶⁷ V. *Schwab v. Phillip Morris USA, Inc.*, 449 F. Supp. 2d 992 (E.D.N.Y. 2006). Sul caso, v. WALKER, L.-MONAHAN, J., *Sampling Evidence at The Crossroads*, 80 *South. Cal. L. Rev.* 969 (2007), in cui gli AA. ripercorrono l'utilizzo della prova a campione nella giurisprudenza statunitense in materia di *mass tort class actions* (spec. p. 976 s.).

⁶⁸ Ed infatti si osserva problematicamente che il punto fragile dello strumento in questione è proprio la determinazione di un campione rappresentativo, ovvero idoneo a fornire un risultato valido per tutta la classe: cfr. TARUFFO, M., *Prova scientifica (dir. proc. civ.)*, cit., p. 973.

⁶⁹ Cfr. ancora WALKER, L.-MONAHAN, J., *Sampling Evidence at The Crossroads*, cit., 976 s.

ora chiare quale sia e se sussiste un limite entro cui l'esistenza di questioni differenziate impedisce la tutela di classe e, risolto questo problema, occorre chiarire che fine facciano tali questioni, ovvero se vengono accertate all'interno dello stesso giudizio o se il loro accertamento debba essere rimandato a separati ed eventuali giudizi individuali di completamento.

Quali siano i profili problematici nascosti dietro il primo quesito sono evidenti, in quanto un giudizio di classe ammesso sulla base di poche o pochissime questioni comuni non serve a nessuno, ovvero è inidoneo a raggiungere in concreto gli obiettivi che si prefigge.

I profili problematici attinenti al secondo livello di riflessione sono in prima battuta meno evidenti, ma forse più insidiosi.

I termini del discorso risulteranno più chiari nel prosieguo, ma sin d'ora va ribadito quanto detto in avvio: dove vi sono questioni differenziate non c'è classe, non c'è un interesse di classe, non c'è una domanda di classe, non c'è una adeguata rappresentatività del proponente, quest'ultimo può anche entrare in conflitto di interessi con gli altri consumatori, non c'è un guadagno in termini di economia processuale.

Ciò significa che, se si ammette il giudizio di classe anche in presenza di questioni personali e poi si ammette anche che tali questioni costituiscano oggetto di accertamento in sede collettiva, occorre – quantomeno in parte – modificare la trama del giudizio convertendolo in un giudizio simile a quello individuale.

3.4.2. Le indicazioni che ci provengono dalle esperienze straniere

Con buona probabilità su questo crinale, come già accaduto in riferimento all'azione collettiva risarcitoria prevista dalla prima versione dell'art. 140-*bis* c. cons., si aprirà un ampio ventaglio di alternative ricostruttive.

Da parte nostra, come già detto in diversi punti di questo lavoro, l'interpretazione del nuovo art. 140-*bis* c. cons. deve cercare di dare un assetto dogmatico coerente al rimedio e capace

di massimizzare le potenzialità non pienamente espresse dallo stretto tenore letterale della legge, ma questa operazione, specie riguardo ai problemi che si vanno ad affrontare, deve essere fatta con grande cautela, poiché la complessità delle controversie collettive risarcitorie non può essere risolta solo sul piano interpretativo, ma necessita di numerosi strumenti che solo la legge può apprestare.

Questi profili problematici emergono con evidenza guardando le esperienze straniere ispirate al modello della *class action*, nelle quali il legislatore ha previsto diversi strumenti processuali tesi a rendere l'azione collettiva adeguata alle esigenze di tutela che emergono dalla specifica natura della concreta controversia portata in giudizio.

Riguardo al primo degli interrogativi poc'anzi indicati, cioè quello che si prefigge di comprendere quale sia il limite entro cui la presenza di questioni differenziate all'interno delle fattispecie dei diversi diritti non impedisce il giudizio in forma rappresentativa, la soluzione seguita in prevalenza è costituita dalla previsione di una soglia variabile, la cui sussistenza spetta al giudice valutare in concreto, seguendo i criteri indicati dalla legge; criteri che prendono forma e contenuto sulla base delle finalità del giudizio collettivo, in quanto la loro funzione è far sì che il giudizio sia in grado di fornire una soluzione concreta efficiente alle diverse esigenze appartenenti a questa particolare forma di tutela giurisdizionale dei diritti.

Un esempio è offerto dalle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi, che, come visto, richiedono che le questioni comuni alla classe siano predominanti rispetto a quelle differenziate ed inoltre che l'azione di classe si presenti come lo strumento che più degli altri possa garantire un processo giusto ed efficiente⁷⁰.

Per quel che, invece, riguarda i criteri da seguire per valutare la sussistenza dei due requisiti indicati (*predominance* e *superiority*), è previsto che il giudice debba tener conto di una se-

⁷⁰ Cfr. FRCP 23 (b) (3). Cfr. *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997).

rie di questioni: – l'interesse di ciascun membro a condurre un separato giudizio individuale sulla propria pretesa⁷¹; – lo stato e la natura di ogni causa individuale già avviata concernente la controversia collettiva⁷²; – l'opportunità di concentrare le diverse cause in un unico foro⁷³; – le difficoltà che potranno incontrarsi nella gestione collettiva della controversia⁷⁴.

Formulazione lessicale in parte differente, ma identica funzione, si riscontra nelle norme appartenenti ad altri ordinamenti, nei quali ugualmente l'attenzione è focalizzata su due principali obiettivi⁷⁵: quello di conseguire risultati positivi sul piano dell'economia processuale e quello relativo al rispetto delle garanzie del giusto processo⁷⁶.

⁷¹ Cfr. FRCP 23 (b) (3) (A).

⁷² Cfr. FRCP 23 (b) (3) (B).

⁷³ Cfr. FRCP 23 (b) (3) (C).

⁷⁴ Cfr. FRCP 23 (b) (3) (C).

⁷⁵ Talora in dottrina i problemi indicati nel testo rimangono nel silenzio e non si dà grande attenzione alle possibili e diverse conseguenze che discendono da un possibile ingresso nel giudizio di classe delle questioni differenziate. In ogni caso non viene con il dovuto vigore puntualizzata la premessa di metodo che cerchiamo di svolgere nel testo, ovvero la necessità di porsi due diversi e separati interrogativi: quale grado di disomogeneità rende inefficiente in generale e dunque inammissibile la tutela collettiva di classe? E, nel caso in cui questa costituisca una soluzione opportuna e perseguibile in concreto, quali siano gli strumenti idonei per garantire un processo giusto per la soluzione delle questioni differenziate?

⁷⁶ Nella legislazione canadese, v., in particolare, la Parte Prima del *Class Proceedings Act* (1996) della British Columbia, che ammette l'azione di classe anche se le questioni comuni non sono predominanti rispetto alle questioni individuali [cfr. *section 4* (1) (c)], ma tuttavia richiede che «il procedimento collettivo appaia preferibile per una soluzione giusta ed efficiente delle questioni comuni» [*section 4* (1) (d)] e a tal fine prevede che «il giudice debba valutare ogni questione rilevante tra cui le seguenti: (a) se le questioni di fatto o di diritto comuni ai membri della classe sono predominanti rispetto ad ogni altra questione riguardante solo i singoli membri; (b) se un numero significativo di membri della classe ha un valido interesse nel controllare individualmente la conduzione di separati giudizi; (c) se il procedimento di classe riguarda domande che sono o sono state oggetto di altri giudizi; (d) se altri strumenti di risoluzione delle controversie sono meno pratici o efficienti; (e) se la gestione del giudizio di classe comporterà maggiori difficoltà di quelle che, sulla base dell'esperienza, si incontrano nell'apprestare tutela con altri strumenti» [*section 4* (2)]. Cfr. anche il simile *Class Proceeding Act*, S.O. 1992, *Chapter 6*, dell'Ontario, alla *section 5* (1) (d). Per approfondimenti, v. JONES, C., *Theory of Class Actions*, 2003, Toronto, spec. p. 121 ss.,

Va tenuto presente, peraltro, che sulla valutazione che queste norme richiedono al giudice influiscono due diverse possibilità: da un lato, quella di determinare la classe il più possibile at-

che riporta *Enden v. Canadian Red Cross Society*, in cui si osserva che «the question of whether individual issues predominate over common issues, which so permeates the American law on this subject, is expressly excluded as a relevant consideration by s. 4 (1) (c) of the Act. Further, a common issue need not to be dispositive of the litigation. A common issue is sufficient if it is an issue of fact or law common to all claims, and then its resolution in favour of the plaintiffs will advance the interests of the class, leaving individual issues to be litigated later in separate trials [...]». In Australia, la Part IV-A (*Representative Proceedings*) del *Federal Court of Australia Act* (1976) consente alla *section 33C* (2) (a) (iii), che l'azione di classe sia ammissibile anche se il rimedio richiesto abbia contenuto risarcitorio e sia necessario procedere ad una valutazione su base individuale del danno, ma al contempo prevede alla s. 33N (1) che il procedimento non continui in forma rappresentativa quando ciò sia conforme all'interesse della giustizia e cioè quando: «(a) i costi del procedimento in forma rappresentativa sembrano superare i costi che si dovrebbero affrontare se ogni membro del gruppo conducesse un separato giudizio individuale; (b) tutti rimedi richiesti possono essere ottenuti in procedimenti diversi da quello rappresentativo; (c) il procedimento rappresentativo non prevede strumenti effettivi ed efficienti per risolvere le domande appartenenti a ciascun appartenente al gruppo; (d) è in ogni caso inappropriato che le domande siano trattate in via rappresentativa». Il *Group Proceeding Act* svedese, alla *section 8* (2) e (3), prevede che ai fini dell'ammissibilità, oltre alla comunanza delle questioni, siano valutate altre circostanze tra cui il fatto che «il procedimento di gruppo non appaia inappropriato rispetto ad alcune domande dei membri del gruppo, le quali, riguardo al merito, differiscono significativamente rispetto alle altre domande» ed inoltre che «la maggior parte delle domande relative all'azione di classe non possono essere allo stesso modo fatte valere con le azioni individuali appartenenti ai membri del gruppo». Alla luce di quanto riportato va evidenziato che la considerazione espressa in dottrina, secondo cui il requisito della predominanza sia proprio solo dell'esperienza statunitense e non di altre esperienze straniere in materia di azioni collettive risarcitorie (così, FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 517 ss.), appare corretta, ma parziale in quanto taluni rimedi di tutela collettiva risarcitoria non costituiscono propriamente azioni di classe in forma rappresentativa (cfr. la soluzione inglese e tedesca), mentre in altre ipotesi il rapporto tra questioni comuni e differenziate, seppur non formalizzato nei termini della predominanza deve essere comunque tenuto in conto dal giudice per operare le altre numerose considerazioni a cui è chiamato per ammettere l'azione, ovvero per verificare se il giudizio di classe costituisca la risposta efficiente agli obiettivi di tutela giurisdizionale che possono appartenere al rimedio. Cfr. ad es. le riflessioni di JONES, C., *Theory of Class Actions*, cit., spec. p. 121 ss., espresse proprio in riferimento al requisito della *preferability* richiesto dalla legislazione canadese.

torno alle questioni comuni⁷⁷ e, dall'altro, quella di individuare all'interno della classe «madre» una o più sottoclassi⁷⁸.

Con il primo strumento già in sede di ammissibilità dell'azione di classe si ritaglia la realtà sostanziale nella maniera che rende più agevole lo svolgimento del giudizio in forma rappresentativa.

Con il secondo strumento, all'interno di una classe più ampia si isolano tra le questioni non comuni a tutti gli appartenenti alla classe ed in quanto tali differenziate, gruppi più ristretti di questioni comuni.

Anche in questo caso lo scopo specifico è quello di creare in forma più ridotta le stesse condizioni di funzionamento del giudizio collettivo sebbene rispetto ad una questione o ad un gruppo di questioni appartenenti solo ad una parte della classe, tanto che è generalmente richiesto che in riferimento alle sottoclassi siano rispettati i requisiti di ammissibilità del giudizio collettivo tra cui *in primis* il requisito di adeguata rappresentatività.

In questa maniera l'area «coperta» dalle questioni differenziate viene a restringersi e, di contro, le questioni comuni aumentano (*predominance*) e con esse le possibilità di gestire in termini efficienti e giusti il loro accertamento in forma rappresentativa (*superiority*)⁷⁹.

⁷⁷ Questa soluzione ricorre non solo nel caso in cui il giudice scelga di dare una configurazione più analitica alla classe al fine di favorire l'emersione delle questioni comuni a discapito di quelle personali, ma anche nel caso, previsto ad esempio dalla FRCP 23 (c) (4) (A), in cui il giudizio collettivo sia ammesso solo in riferimento alle questioni comuni con esclusione sin dall'origine delle differenziate (c.d. *Issues classes*). Per l'applicazione giurisprudenziale della FRCP 23 (c) (4) (A), v. FEDERAL JUDICIAL CENTER, *Manual for Complex Litigation, Fourth*, §§ 21.24 e 22.75, che rimarca l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'applicazione di tale norma richiede che il giudizio di classe su questioni sia in grado di contribuire sostanzialmente alla soluzione della controversia nel suo complesso. In materia di *mass tort litigation* si dibatte, ad esempio, se tale requisito ricorra o meno in riferimento alla prova del nesso di causalità generica. Sul tema, v. anche CONTE, A.-NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, cit., §§ 4:23 ss., 7:33.

⁷⁸ Previsione assolutamente comune ai diversi ordinamenti, v. ad es. la FRCP 23 (c) (4) (B), su cui, v. CONTE, A.-NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, cit., § 3:9.

⁷⁹ Cfr. FEDERAL JUDICIAL CENTER, *Manual for Complex Litigation, Fourth*, §§

Detto questo riguardo alla determinazione del grado di disomogeneità delle questioni che non impedisce la possibilità di tutelare le diverse pretese in forma rappresentativa, occorre passare al problema successivo, concernente – come visto – il trattamento delle questioni differenziate.

Questo è un aspetto fondamentale e distinto rispetto a quello ora indicato.

L'interrogativo che su questo piano ci si pone è, come anticipato, il seguente: ammesso che i diritti non identici possono essere tutelati in forma rappresentativa, cioè che l'esistenza di questioni non comuni alla classe non preclude la tutela collettiva, quale trattamento processuale devono ricevere le questioni personali?

Su questo piano il giudizio di classe opera una tendenziale metamorfosi, ovvero si assiste con nettezza ad un recupero del contributo individuale nell'accertamento dei diversi diritti.

Il «garantismo collettivo»⁸⁰ primariamente fondato sull'adeguata rappresentatività viene meno e risorge il controllo del singolo sull'accertamento della questione che in via specifica appartiene al rapporto giuridico che lo lega al convenuto.

Questo accade in particolar modo nei casi in cui, accertate in forma rappresentativa le questioni comuni, l'accertamento delle questioni personali sia rimesso a successivi giudizi individuali di completamento⁸¹, ma accade anche nei casi in cui il giudice del processo di classe, esercitando i suoi poteri di *case management*, determini una specifica fase del procedimento collet-

21.24, 21.70 e 21.71, in cui si evidenzia l'utilizzo di questi strumenti in materia di *mass tort litigation* al fine di non precludere l'utilizzo dell'azione collettiva.

⁸⁰ Riprendendo l'efficace espressione di CAPPELLETTI, M., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti la giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 363, spec. p. 401.

⁸¹ Questa soluzione si può verificare in due ipotesi: nel caso in cui l'azione di classe sia ammessa solo relativamente a talune questioni comuni (*Issues Classes*), o nei casi in cui, dopo l'accertamento delle questioni comuni, si escluda la prosecuzione in forma rappresentativa del giudizio per l'accertamento delle altre questioni (c.d. *decertification*).

tivo destinata all'accertamento delle questioni personali con la diretta partecipazione degli appartenenti alla classe⁸².

Nella legislazione australiana, ad esempio, è espressamente previsto che, quando l'accertamento delle questioni comuni non è in grado di chiudere la controversia collettiva in ragione della presenza di questioni personali e queste questioni sono tali da non consentire la formazione di una sotto-classe⁸³, il giudice può scegliere tra due diverse possibilità: può consentire la partecipazione dell'appartenente alla classe ai fini dell'accertamento della questione che riguarda solo la sua domanda (ed in tal caso sarà eventualmente lui a rispondere dei costi della parte del giudizio relativa alla verifica della questione personale che lo riguarda)⁸⁴, oppure, se non è opportuno accertare la questione personale nel giudizio collettivo nei termini appena indicati, può dare direttive riguardanti l'inizio e lo svolgimento di un separato giudizio individuale⁸⁵.

Va peraltro tenuto conto dell'influenza che su questo piano opera la soluzione accolta in materia di limiti soggettivi del giudicato; soluzione che, negli ordinamenti che adottano azioni collettive sul modello della *class action*, è prevalentemente costituita da un regime di *opt-out*.

Più in particolare, in questi ordinamenti alle due soluzioni appena indicate si aggiunge anche la possibilità di accertare il danno complessivamente arrecato alla classe⁸⁶, cosa che al contrario è ovviamente esclusa nei sistemi che seguono il regime del-

⁸² Per un quadro chiaro delle diverse possibilità che si aprono su questo fronte nel diritto federale statunitense, nonché per una sommaria indicazione dei pregi e dei difetti che appartengono a ciascuna soluzione, v. Note, *Developments in the Law – Class actions*, 89 *Harvard L.R.* 1318, 1516 ss. (1976).

⁸³ Cfr. *section 33Q (2) Part IV-A (Representative Proceedings)* del *Federal Court of Australia Act* (1976).

⁸⁴ Cfr. *section 33R (1) e (2)*.

⁸⁵ Cfr. *section 33S (a)*.

⁸⁶ Risultato favorito dalla possibilità di chiudere il giudizio su base transattiva. Per approfondimenti relativi alla fase distributiva che segue l'accordo transattivo nelle FRCP, v. in particolare FEDERAL JUDICIAL CENTER, *Manual for Complex Litigation, Fourth*, § 21.66; CONTE, A.-NEWBERG, H., *Newberg on Class Actions*, Fourth edition, 2002, §§ 10:1 ss.

l'*opt-in*⁸⁷ nei quali la liquidazione è da subito diretta a vantaggio del singolo aderente.

In questo caso, dopo aver determinato il danno globalmente prodotto, si svolgerà la fase distributiva comprendente anche la determinazione delle quote «personali»⁸⁸: liquidate su base forfettaria, percentuale, oppure – a seconda dei casi – mediante una più accurata liquidazione su base individuale⁸⁹.

⁸⁷ Sebbene una liquidazione forfettaria o su base equitativa, come quella prevista dall'art. 140-*bis* c. cons., non sia poi così lontana da una liquidazione globale del danno, la quale in casi simili corrisponde alla somma dovuta a ciascun consumatore moltiplicata per il numero dei consumatori che appartengono alla classe sulla base di dati ottenuti dall'impresa.

⁸⁸ Nelle ipotesi di distribuzione successiva alla liquidazione del danno globale prodotto si assiste sovente alla semplificazione del procedimento anche mediante procedure semi-amministrative. Ciò è dovuto a diverse circostanze. Significativo è il fatto che, sovente, a questo punto della procedura si arriva dopo un accordo transattivo e, una volta definita la somma complessiva che dovrà sborsare alla classe, il convenuto può non aver interesse a contraddire in merito alla determinazione delle quote individuali. Va, inoltre, tenuta presente anche la possibilità di applicare la c.d. *cy-près doctrine*, soluzione elaborata dalle corti di *equity* in materia di *charitable trusts* e successivamente applicata dalla giurisprudenza anche in materia di *class action* riguardo alle somme non distribuite; e ciò al fine di utilizzare tali somme per finalità il più possibile vicine a quelle sottese all'azione collettiva. Cfr. SHEPHERD, S.R., *Damage Distribution in Class Action: The Cypress Remedy*, in 39 *Uchicago L. Rev.* 453 (1972); MALINA, M., *Fluid Class Recovery as a Consumer Remedy in Antitrust Cases*, 47 *N.Y.U. L. Rev.* 477 (1972); DURAND, A.L., *An Economic Analysis of Fluid Recovery Mechanisms*, in 24 *Stanford L. Rev.* 179 (1981); BARNETT, K., *Equitable Trusts: An Effective Remedy in Consumers Class Actions*, 96 *Yale L. J.* 1591 (1986-1987). Da ultimo, v. REDISH, M.H.-JULIAN, P.-ZYONTZ, S., *Cy Pres Relief and The Pathologies of The Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis*, 62 *Fla. L. Rew.* 617 (2010). In generale, v. MULHERON, R., *The Modern Cy-press Doctrine: Applications and Implications*, London, 2006.

⁸⁹ Una regolamentazione particolarmente accurata delle diverse opzioni indicate nel testo si ritrova nella legislazione canadese. Nel *Class Proceedings Act* della British Columbia, ad esempio, la *section 11* prevede in via generale che, «salvo il caso in cui il giudice decida diversamente ai sensi della *section 12*, nel procedimento di classe, (a) le questioni comuni alla classe devono essere accertate assieme, (b) le questioni comuni alle sottoclassi devono essere accertate assieme, e le questioni individuali che richiedono la partecipazione dei singoli membri della classe devono essere accertate secondo le previsioni delle *sections 27 e 28*». Successivamente, dopo aver previsto alla *section 26* (*Judgment on common issues is binding*) che gli effetti della pronuncia sulle questioni comuni vincolano tutti gli appartenenti alla classe che non abbiano esercitato

3.4.3. *I dati esegetici rilevanti*

Dalle considerazioni appena svolte emerge con chiarezza che gli ordinamenti fedeli al modello della *class action*, in riferimento ai due fondamentali problemi su cui ci troviamo a riflettere, assumono una posizione sintetizzabile nei seguenti termini.

Riguardo alla soglia di disomogeneità delle questioni personali che non esclude la possibilità di procedere in via collettiva, la legge attribuisce al giudice un potere di controllo volto ad ammettere il giudizio di classe a tutela di pretese individuali a contenuto risarcitorio o restitutorio solo nei casi in cui, sulla base di una specifica valutazione della natura della controversia, il rapporto tra questioni comuni e questioni differenziate sia tale da non impedire la realizzazione delle finalità del giudizio di classe.

Ai fini di tale valutazione la legge detta dei criteri di indirizzo principalmente diretti a tenere sotto controllo due variabili: l'economia processuale del giudizio e le garanzie processuali dei soggetti coinvolti.

Tale valutazione si articola analiticamente nella valutazione di diverse circostanze e si coordina con l'esercizio di ulteriori poteri di *case management* che possono favorire una gestione in forma collettiva della controversia ed in particolare del potere di determinazione della classe al momento della *certification*, nonché del potere di formazione delle sottoclassi.

In questa maniera si valuta se la tutela giurisdizionale in forma collettiva è utile o non lo è.

il loro diritto di *opt-out*, la *section 27 (Determination of individual issues)* prevede una disciplina generale riguardante l'accertamento della questioni personali con la partecipazione dei singoli titolari dei diritti e con formalità semplificate, mentre la *section 28 (Individual assessment of liability)* prevede il caso in cui non sia possibile accertare la responsabilità complessiva del convenuto senza la prova del danno subito individualmente. Di contro, la *section 29 (Aggregate award of monetary relief)* disciplina i casi in cui sia possibile liquidare il danno complessivamente prodotto, mentre le norme successive disciplinano le diverse modalità di distribuzione e determinazione delle quote individuali: *section 31 (Average or proportional share of aggregate award)*; *section 32 (Individual share of aggregate award)*; *section 33 (Distribution)*; *section 34 (Undistributed award)*. Per approfondimenti, v. MULHERON, R., *The Class Action in Common Law Systems*, cit., p. 407 ss.

Riguardo al trattamento delle questioni differenziate, le soluzioni sono diverse a seconda della natura della controversia, ma in ogni caso, in riferimento a queste questioni, venuta meno la possibilità di far leva sul garantismo collettivo sorretto primariamente dall'*adequacy of representation*, riemerge – sebbene in misura variabile – l'esigenza di apprestare adeguate garanzie individuali e con essa la necessità di consentire una partecipazione attiva dei titolari dei diversi diritti nell'accertamento delle questioni che riguardano loro a titolo personale.

Alla luce di queste considerazioni e tenendo sempre presente il doppio problema che occorre risolvere, ovvero, da un lato, la determinazione della soglia di disomogeneità tollerabile e, dall'altro, la determinazione del trattamento processuale delle questioni differenziate, dalla lettura del nuovo art. 140-*bis* c. cons. emergono innanzitutto taluni dati esegetici di cui occorre necessariamente prendere atto:

a) la norma non prevede un'espressa previsione di legge come quelle poc'anzi esaminate⁹⁰;

⁹⁰ Ovvero di norme come quelle esaminate *retro*, § 3.4.2. e nota 76, nelle quali spetta al giudice valutare il rapporto tra questioni comuni e questioni differenziate al fine di verificare se è opportuno e con quali modalità procedere in forma rappresentativa. È significativo, al riguardo, che *Anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*, elaborato dall'Istituto Brasileiro de Direito Processual sotto la direzione di Ada Pellegrini Grinover e volto a riformare la normativa brasiliana in materia di azioni collettive ed in particolare il *Código de Defesa do Consumidor*, preveda all'art. 28, § 1° che «per la tutela degli interessi o diritti individuali omogenei, oltre ai requisiti indicati nell'art. 19 del codice, è necessaria una verifica della predominanza delle questioni comuni su quelle individuali e dell'utilità della tutela collettiva nel caso concreto». Va ricordato, inoltre, che la disciplina brasiliana ancora attualmente in vigore in materia di diritti individuali omogenei, ovvero in materia di azioni collettive risarcitorie, segue di regola il modello delle azioni collettive dichiarative su questioni, ovvero non miri direttamente alla liquidazione dei danni individualmente patiti dai membri della collettività. Cfr., gli artt. 95 e 97 del *Código de Defesa do Consumidor*, nonché il successivo art. 98 CDC, stando al quale gli enti portatori legittimati ad agire possono richiedere la liquidazione del danno collettivo se, decorso un anno dal passaggio in giudicato delle sentenza di condanna generica, solo un esiguo numero di danneggiati ha esercitato l'azione individuale. In argomento, v. PELLEGRINI GRINOVER, A., *Il nuovo processo brasiliano del consumatore*, cit., p. 1057 ss.; ID., *Significato sociale, politico e giuridico della tutela degli interessi diffusi*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, p. 17 ss.; più di recente ID., *La di-*

b) non sussiste nemmeno una disposizione del nuovo art. 140-*bis* c. cons. che si occupa o si riferisce direttamente ed espressamente al problema dell'accertamento delle questioni differenziate all'interno del giudizio di classe;

c) mancano anche disposizioni che prevedono la partecipazione attiva degli aderenti in riferimento (non alle questioni comuni, ma) all'accertamento delle questioni personali.

A questo punto occorre chiedersi se vi siano disposizioni che implicitamente rispondono agli interrogativi proposti o ancor più se vi siano disposizioni che escludono la stessa possibilità di porsi tali interrogativi.

Senza complicare l'itinerario della argomentazione è bene chiarire da subito i termini nei quali a nostro parere va risolto il problema.

Esaminando i diversi dati normativi offerti dal nuovo art. 140-*bis* c. cons., occorre tenere separati quelli che hanno di per sé un significato sufficientemente compiuto, e sui quali è possibile impostare una ricostruzione del rimedio, dai dati normativi che si pongono a valle rispetto ad una soluzione interpretativa già determinata, in quanto questi possono avere diverso significato a seconda della premessa da cui si muova e da soli non sono in grado di indirizzare l'interprete verso una soluzione univoca nemmeno coordinandoli tra loro.

Nel primo gruppo vanno inclusi il primo comma dell'art. 140-*bis* c. cons., laddove è previsto che «ciascun componente [...] può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno», nonché il comma 12, dove è previsto che «se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'art. 1226 del codice civile, le somme definite dovute a coloro che hanno ade-

fesa degli interessi transindividuali: Brasile e Iberoamerica, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2003, p. 154 ss. Per un approccio comparatistico, v. GIDI, A., *Class actions in Brasil, A model for civil Law Countries*, in *11 American Law Journal of Comp. Law* 311, (2001). Per ulteriori indicazioni, v. MARENGO, R., *Garanzie processuali e tutela dei consumatori*, Torino, 2007, p. 95 ss.

rito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme».

Nel secondo gruppo va, invece, incluso quanto previsto dal primo comma secondo cui «i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo»⁹¹.

Sempre a questo gruppo vanno ricondotte le disposizioni riguardanti profili attinenti fondamentalmente alle forme della cognizione e all'istruzione nel giudizio di classe: ad esempio il comma 3 dell'art. 140-*bis* c. cons., che, nel disciplinare l'atto di adesione, prevede che questo sia depositato assieme alla «relativa documentazione probatoria»⁹²; ma soprattutto il comma 11 che disciplina i poteri di gestione processuale del giudice ed in parti-

⁹¹ Che l'azione di classe sia rivolta verso la tutela di diritti soggettivi costituisce un dato di fatto indiscutibile. L'interrogativo concerne, invece, il «come» tale tutela si realizzi. Per questa ragione, sulla base del primo comma dell'articolo, non pare possibile trarre dati interpretativi univoci riguardo all'oggetto del giudizio (*contra*, però, DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, in *La nuova class action e la tutela collettiva dei consumatori*, a cura di G. Chinè e G. Miccolis, Roma, 2010, p. 110 ss., spec. p. 162). Nello stesso senso occorre muoversi riguardo le altre disposizioni che indicano la funzione del rimedio nella tutela dei diritti individuali o identici dei consumatori: cfr., ad es., il comma 2, dove è previsto che «l'azione *tutela*» i diritti indicati alle lettere *a*, *b*) e *c*); oppure il comma 6, dove è previsto che il giudice dichiari l'inammissibilità della domanda quando non ravvisa l'identità dei diritti «*tutelabili* ai sensi del comma 2»; oppure, ancora, il comma 9, lett. *a*), in cui si prevede che con l'ordinanza di ammissibilità il giudice «definisce i caratteri dei diritti individuali *oggetto* del giudizio». È insegnamento tradizionale, infatti, che la determinazione dei concetti dogmatici è il frutto di un'attività rimessa all'interprete e non al legislatore; determinazione che deve muoversi sulla base di un impiego congiunto di elementi testuali e sistematici.

⁹² Sulla base della norma indicata nel testo si potrebbe ritenere che i diritti tutelabili attraverso l'azione di classe siano solamente quelli fondati su base documentale (cfr. NUTI, V.-PALOMBA, A., *La nuova class action*, Milano, 2010, p. 56). Tuttavia la *ratio* della disposizione va semplicemente rinvenuta nel fatto che agli aderenti, privi di poteri processuali, è preclusa la possibilità di avanzare istanze istruttorie. Va quindi senz'altro accolta l'indicazione della dottrina secondo cui la sussistenza degli elementi costitutivi del diritto possa essere provata mediante l'utilizzo di presunzioni semplici o legali o attraverso prove costituende (così, GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 599).

colare la parte in cui è previsto che il giudice: «determina [...] il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo»; «prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti»; «regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio».

3.4.4. *Il giudizio di classe esclude l'accertamento autoritativo delle questioni differenziate*

Venendo allora all'esame del primo gruppo di dati normativi, va in primo luogo rimarcata l'importanza «strutturale» del comma 12, a cui, nell'assenza di ulteriori indicazioni positive, spetta in gran parte il compito di indicare il funzionamento del rimedio.

Il punto di vista del comma 12 è quello della decisione. Disciplina cioè i possibili esiti del giudizio ed in particolare si riferisce al caso in cui sia accolta la domanda.

Gli esiti previsti dal legislatore sono – richiamando l'esatta lettera della disposizione – due⁹³:

⁹³ La prospettiva riportata nel testo, secondo cui i principali esiti decisori di accoglimento sono due: la condanna al pagamento delle somme o la sentenza dichiarativa della responsabilità, è seguita, sebbene all'interno di diverse ricostruzioni, da gran parte della dottrina: CAPONI, R., *La riforma della «class action», Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, in *www.judicium.it*, § 6; ID., *Il nuovo volto della class action*, cit., p. 384, 387; COSTANTINO, G., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 1134 ss.; FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 520; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1487 ss.; PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, cit., p. 254 s.; PUNZI, C., *L'azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 263 s.; in questo senso sembra orientato anche CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1304 s.; MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1417 ss.; TAVORMINA, V., *La nuova class action*, cit., p. 248; nonché ZUFFI, B., *La duplice*

a) il giudice «pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'art. 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione»;

b) il giudice «pronuncia sentenza di condanna con cui stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme».

Tali due opzioni sono formulate in via alternativa, in quanto sorrette dalla congiunzione «o» che le lega.

Il giudice è, quindi, posto di fronte ad un bivio: o segue la prima strada o segue la seconda.

Come avremo modo di osservare con un maggior grado di approfondimento nel prossimo capitolo, l'interpretazione letterale e sistematica del nuovo art. 140-*bis* c. cons. induce senz'altro a ritenere che le due pronunce di accoglimento appena indicate

*débauc subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di reclamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio per il diniego dell'accesso agli atti della Banca d'Italia, cit., p. 2617; ID., La corte d'appello di Torino riconosce all'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. esclusiva funzione condannatoria, respingendo i dubbi di costituzionalità avanzati in merito al c.d. filtro, in Corr. giur., 2011, p. 525 ss., spec. p. 527 ss., che, da un lato, giustamente nega la natura meramente dichiarativa dell'azione e, dall'altro, afferma che, se non è possibile la liquidazione, il tribunale pronuncia una condanna generica implementata del parametro di liquidazione; posizione particolare al riguardo è assunta da GIUSSANI, A., Il nuovo art. 140-bis c. cons., cit., p. 609; nonché da BOVE, M., Profili processuali dell'azione di classe, in Giusto proc. civ., 2010, p. 1015 ss., spec. p. 1025, 1030 s., anche note 14 e 18; in giurisprudenza, v. T. Roma, 25 marzo 2011, cit.; dubitativamente, ALPA, G., L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato. Prime note, in A.A.V.V., Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione, cit., p. 6; contra, CONTE, G., Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti, cit., p. 65; DE SANTIS, A.D., L'azione di classe a tutela dei consumatori, cit., p. 164-165, che però poi ammette che la pronuncia meramente determinativa dei criteri di liquidazione debba essere accostata ad una condanna generica (p. 283 ss.); RORDORF, R., L'azione di classe nel novellato art. 140-bis cod. consumo: considerazioni (e qualche interrogativo), in Foro it., 2010, V, p. 183 ss., spec. p. 185; SANTANGELI, F.-PARISI, P., Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons., in AA.VV., Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 191 ss., p. 191 ss., spec. p. 257 ss.; SANTANGELI, F., Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento con gli strumenti di tutela collettiva, in *www.judicum.it*, p. 13; in giurisprudenza, v. App. Torino, 27 ottobre 2010, cit.; T. Roma, 11 aprile 2011; per approfondimenti, v. *infra*, cap. V, § 3.*

debbano essere qualificate nei seguenti termini: nel primo caso il giudice pronuncia un provvedimento di condanna al pagamento delle somme; nel secondo caso, invece, la sentenza ha valore essenzialmente dichiarativo e contiene l'accertamento della responsabilità dell'imprenditore, nonché del criterio omogeneo di calcolo che dovrà essere utilizzato per la successiva liquidazione delle somme; questa seconda pronuncia costituisce una applicazione particolare dell'istituto della condanna generica in via autonoma.

Se quello appena indicato costituisce il possibile sbocco decisivo del giudizio, si può tornare all'interrogativo ora al centro delle nostre attenzioni, ovvero cercare di comprendere se le questioni personali abbiano o meno accesso al giudizio di classe ed eventualmente in quale misura.

Con questo quesito arriviamo al cuore del problema e ci ricollegiamo al discorso addietro svolto riguardo al grado di disomogeneità che può riguardare le fattispecie causali dei diritti dei consumatori.

Infatti, tenendo conto anche delle esperienze straniere addietro ricordate, è piuttosto chiaro che il giudice dovrebbe scegliere tra le due opzioni poc'anzi indicate sulla base di una valutazione attenta della natura delle controversie.

Più in particolare il giudice dovrebbe valutare l'ammissibilità della tutela collettiva ed in particolare quale tipo di tutela ed azione ammettere (accertamento della responsabilità o condanna definitiva) sulla base di una valutazione di utilità-opportunità condotta su più piani tra cui primariamente quello del rapporto qualitativo e quantitativo tra questioni comuni e questioni personali.

Nel nostro ordinamento, peraltro, ovvero nell'azione di classe a tutela dei consumatori prevista dall'art. 140-*bis* c. cons., così come attualmente formulato, il giudice non deve porsi un interrogativo nei termini appena indicati in quanto il legislatore ha in gran parte predeterminato il presupposto da cui dipende la scelta tra la prima opzione e la seconda e con esso tanto l'in-

fluenza delle questioni personali sull'ammissibilità della tutela collettiva, quanto il trattamento processuale delle stesse.

La norma, infatti, stabilisce che il giudice «pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'art. 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione».

Una prima funzione assegnata al richiamo dell'art. 1226 c.c. all'interno del giudizio collettivo è senz'altro chiara ed è legata – come avremo modo di approfondire nel prosieguo⁹⁴ – all'esigenza di semplificazione dell'istruzione probatoria⁹⁵.

Secondo l'art. 1226 c.c., richiamato anche dall'art. 2056, primo comma, c.c., «se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa».

Come comunemente ritenuto, la norma si riferisce solo alla liquidazione del danno, ovvero opera in esclusivo riferimento alla determinazione dell'esatto ammontare della somma dovuta. Ha cioè una valenza fondamentalmente probatoria, ovvero opera una semplificazione del giudizio sollevando l'attore dall'onere della prova del preciso ammontare della somma⁹⁶.

Il presupposto di applicazione dell'art. 1226 c.c., è, come previsto dalla norma, l'impossibilità di provare con esattezza l'entità del danno stesso; impossibilità che secondo la giurisprudenza non va intesa in senso assoluto, ma quale alto grado di difficoltà, non essendo solamente sufficiente – di contro – una mera

⁹⁴ Cfr. *infra*, cap. V, § 3.2.

⁹⁵ Cfr., sul punto, CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1304; FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 527 s.; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1487 ss.; SANTANGELI, F.-PARISI, P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, in *www.judicium.it*, § 11.

⁹⁶ Sulla possibilità di superare la rigida applicazione della regole di giudizio espressa dall'art. 2697 c.c. mediante l'impiego di regole equitative, v. da ultimo COMOGLIO, L.P., *Le prove civili*, cit., 10, p. 315 ss.

complessità delle operazioni volte ad accertare la prova del danno⁹⁷.

Tuttavia, la liquidazione equitativa del danno, calata all'interno del disposto del comma 12 dell'art. 140-*bis* c. cons., ha anche una seconda evidente funzione, ovvero quella di fungere da spartiacque tra le due ipotesi decisorie ivi contemplate; il rinvio all'art. 1226 c.c. è cioè posto a cuneo tra la sentenza con la quale il giudice «stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme» e la sentenza con cui condanna la parte imprenditoriale al pagamento delle somme. Ciò significa che esso assume anche un secondo e fondamentale significato: quello di escludere lo svolgimento di ogni complessa attività istruttoria volta all'accertamento nel merito delle questioni personali di fatto da cui dipende l'esatta quantificazione del *quantum* dovuto e più in generale di ogni questione personale.

In altri termini il comma 12 dell'art. 140-*bis* c. cons., letto assieme alla completa assenza di riferimenti espressi alle questioni personali, nonché alla luce della posizione processuale riservata agli aderenti al giudizio, indica chiaramente che l'azione di classe ivi prevista si svolge solo in riferimento alle questioni di classe, cioè alle questioni comuni, siano esse relative alla fattispecie costitutiva del diritto oppure alla fattispecie estintiva, impeditiva o modificativa del medesimo⁹⁸.

⁹⁷ Cfr. da ultimo Cass., 1 marzo 2011, n. 5023; ma negli stessi sostanziali termini, v. anche Cass., 23 maggio 2011, n. 11298; Cass., 1° dicembre 2010, n. 24379; Cass., 24 ottobre 2006, n. 22836; Cass., 13 ottobre 2005, n. 19883.

⁹⁸ Il discorso appena svolto in riferimento alle questioni personali vale ovviamente anche per le eccezioni di merito che il convenuto potrebbe sollevare in giudizio, ma a tal proposito può essere utile svolgere qualche ulteriore precisazione. Nel giudizio individuale l'allegazione dei fatti impeditivi, estintivi e modificativi da parte del convenuto e la conseguente rilevazione degli effetti che la legge vi ricollega influisce ovviamente sul merito, ovvero completa il quadro delle questioni di cui il giudice dovrà tener conto al fine di sciogliere il nodo relativo alla sussistenza o meno del diritto fatto valere in causa dall'attore. Nell'azione di classe, invece, le eccezioni del convenuto potrebbero influire sul giudizio in diversa maniera a seconda delle circostanze. In primo luogo il convenuto potrebbe sollevare eccezioni riguardanti la classe nel suo complesso, ovvero una eccezione valida ad impedire l'accoglimento della domanda

Ogni qual volta la liquidazione del danno patito dipenda dall'accertamento di questioni personali, il legislatore non ha

collettiva. Si pensi al caso in cui l'imprenditore convenuto per la condanna al risarcimento del danno per prodotto difettoso intenda dimostrare la ricorrenza di una delle esimenti previste all'art. 118 c. cons., ovvero, ad esempio, che il difetto che ha cagionato il danno non esisteva quando il produttore ha messo il prodotto in circolazione, oppure che il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a una norma imperativa o a un provvedimento vincolante, o ancora che lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso. In questo caso viene a realizzarsi un allargamento del *thema decidendum* e del *thema probandum* collettivo secondo modalità simili a quel che accade nel giudizio individuale, sicché l'eccezione di classe influisce sul merito della domanda di classe e non ci sono grossi problemi. Assai diverso dall'ipotesi ora indicata è il caso in cui il convenuto sollevi eccezioni a carattere personale, cioè eccezioni non comuni alla classe, ma riferibili ad alcuni solamente dei rapporti sostanziali appartenenti alla classe. A tal proposito occorre peraltro tener separati due diversi scenari. Può accadere, infatti, che il convenuto sollevi un'eccezione personale diretta nei confronti del proponente, oppure può verificarsi che il convenuto sollevi una serie di eccezioni nei confronti degli altri consumatori aderenti. Nel primo caso, l'eccezione potrebbe influire sulla rappresentatività del proponente o, secondo come si configuri la linea di demarcazione tra i due requisiti, sulla sussistenza di un conflitto d'interessi tra proponente e classe; e ciò in quanto – come detto – l'attore collettivo deve essere titolare di un diritto che rappresenta in via tipica i diritti dei consumatori appartenenti alla classe. L'eccezione personale nei confronti del proponente deve, quindi, essere valutata ai fini della capacità dell'attore di difendere adeguatamente l'interesse della classe ovvero ai fini dell'ammissibilità della domanda sotto questo specifico profilo. Nel secondo caso, invece, ovvero nel caso in cui siano sollevate eccezioni personali nei confronti degli aderenti, si potrebbe ritenere che le diverse eccezioni possano influire sul requisito di identità, con la conseguenza che, anche per questa strada, si possa giungere ad una dichiarazione di inammissibilità della domanda; dichiarazione, che, in questo caso, sarebbe ancor più vantaggiosa della precedente per il convenuto, visto che la dichiarazione di inammissibilità troverebbe come fondamento non l'inidoneità del proponente, ma l'improponibilità della domanda di classe per disomogeneità del contenzioso. Che le due ipotesi ora rappresentate manifestino profili di problematicità particolarmente gravi lo si comprende piuttosto agevolmente, visto che, se si ritiene che le eccezioni del convenuto debbano essere prese in considerazione ai fini della valutazione della rappresentatività, nonché in ordine alla valutazione del requisito di identità, si attribuisce in mano al convenuto un potere che si presta troppo facilmente ad un esercizio abusivo, ovvero al solo fine di boicottare la praticabilità del giudizio di classe. L'art. 140-*bis* c. cons. non presenta nessun tipo di disposizione che specificamente risolve il problema, sicché non pare sia possibile destinare alle eccezioni di merito un trattamento processuale particolare. La legge, laddove si riferisce ai «diritti» identici, impiega una terminologia che tende ad essere

creduto opportuno che questa debba essere svolta all'interno del giudizio di classe, bensì all'interno di giudizi individuali di completamento che si pongono come appendici prosecutorie del giu-

comprendiva di tutte le questioni da cui dipende l'esistenza delle diverse pretese. Stesso discorso vale per quanto previsto alla lett. a) del comma 2 dell'articolo, secondo cui i diritti contrattuali tutelabili dall'azione di classe sono quelli spettanti ad una pluralità di consumatori che versano in una «situazione identica», sicché è escluso che il giudice possa valutare il ricorrere di questi presupposti non tenendo conto della fattispecie estintiva, impeditiva e modificativa. L'allegazione di circostanze storiche differenziate influisce sempre sull'attività istruttoria, rendendola più gravosa e comparativamente inefficiente rispetto ai giudizi individuali ed influisce anche sulla concreta possibilità che l'attore collettivo gestisca il processo adeguatamente. Su questo piano, infatti, il proponente è in sicuro svantaggio rispetto al convenuto, poiché la questione differenziata si pone rispetto al primo in termini di estraneità, mentre rispetto al secondo, parte passiva di tutti i rapporti dedotti in via di adesione, continua ad essere «personale». E non pare si possano operare distinguo particolarmente significativi a seconda che si voglia sviluppare questo discorso in riferimento ai fatti costitutivi, il cui onere probatorio ricade sul proponente, o in riferimento ai fatti estintivi, modificativi o impeditivi, che, diversamente, devono essere provati dal convenuto; questo perché un corretto esercizio dei poteri di replica e di controdeduzione impone una adeguata conoscenza della situazione propria di ogni singolo rapporto, per cui, anche riguardo alle eccezioni, il diverso carico probatorio non costituisce un argomento sufficiente a modificare le considerazioni svolte in riferimento alla posizione del proponente e alla esigenza di tutela effettiva delle parti assenti. Non pare, infine, nemmeno praticabile l'opzione ricostruttiva avanzata in dottrina in riferimento al precedente art. 140-bis c. cons. (cfr. CONSOLO, C., *I contenuti decisori del processo collettivo, la condanna generica con provvisoria allo stato degli atti e il perimetro di efficacia della sentenza*, in CONSOLO, C.-BONA, M.-BUZZELLI, P., *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, p. 217; ma diversamente orientato riguardo alla nuova norma, cfr. infatti, CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1301; *contra*, CHIARLONI, S., *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Giur. it.*, 2008, p. 1842 ss., spec. p. 1846), stando alla quale il giudizio di fondatezza delle eccezioni sollevate dal convenuto non si sarebbe dovuto svolgere nel giudizio collettivo, ma nei giudizi individuali secondo le regole proprie della condanna con riserva, ovviamente riformulata ed adattata alla luce delle specifiche esigenze del giudizio di classe. Il punto piuttosto, va risolto determinando quale sia l'esatta materia di accertamento della sentenza dichiarativa di responsabilità, poiché, se si ritiene che l'oggetto del giudizio sia limitato al solo fatto potenzialmente produttivo di danno, è allora ragionevole rinviare ai giudizi individuali l'accertamento delle eccezioni: in questo senso, riguardo all'art. 140-bis c. cons. prima versione, TOMMASEO, F., *La partecipazione dei consumatori ai giudizi collettivi risarcitori*, cit., p. 1839, nota 15, e p. 1847; per ulteriori considerazioni al riguardo, v. *infra*, § 4.1.

dizio collettivo subordinate alla domanda dell'aderente e con la piena partecipazione del medesimo.

In tali casi, il giudice si limiterà ad una sentenza di accertamento della responsabilità.

Nelle controversie puramente seriali, invece, ovvero in quelle in cui la determinazione del *quantum* non impone un accertamento individualizzato, il giudice provvederà direttamente alla condanna del convenuto al pagamento delle somme dovute.

Ciò potrà avvenire, come meglio vedremo nel prosieguo, quando il rapporto di identità tra i diritti sia sufficientemente esteso da consentire la condanna, eventualmente in forma provvisoria, o quando l'accertamento delle questioni personali potrà essere superato o uniformato servendosi della liquidazione equitativa.

Inoltre, individuata la *ratio* del rinvio all'art. 1226 c.c., ovvero l'esclusione di istruttorie relative all'accertamento delle questioni personali, appare conforme ai principi, nonché coerente con una interpretazione costituzionalizzatrice del disposto del comma 12 dell'art. 140-*bis* c. cons. condotta sulla scorta degli artt. 3, comma 2, 24, comma 1, e 111, comma 2, Cost.⁹⁹, ritenere che la condanna del convenuto al pagamento delle somme dovute possa fondarsi non solo su una liquidazione equitativa, ma anche su una liquidazione che sia il frutto di mere risultanze documentali.

In questa ipotesi, infatti, l'attività giudiziale potrebbe intendersi addirittura a carattere quasi liquidativo-amministrativo e non propriamente decisorio¹⁰⁰.

⁹⁹ Ci riferiamo primariamente al principio di effettività della tutela giurisdizionale sotto il profilo della ragionevole durata del processo.

¹⁰⁰ Come indicato dalla dottrina in riferimento al procedimento di liquidazione degli onorari degli avvocati previsto dagli artt. 28-30 della l. n. 794/42: cfr. ANDRIOLI, V., *Sugli artt. 28 e 30 della legge 13 giugno 1942 sugli onorari dei professionisti forensi*, in *Foro it.*, 1942, I, p. 293 ss.; GARBAGNATI, E., *Procedimento sommario di opposizione a decreto d'ingiunzione*, in *Riv. div. proc.*, 1968, p. 197 ss.; LANFRANCHI, L., *Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari e Il ricorso straordinario inesistente e il processo dovuto ai diritti*, entrambi in *La roccia non incrinata*, Torino, 2005, rispettiva-

3.4. Conclusioni: la nozione di diritti individuali omogenei

Sulla base delle osservazioni sinora svolte è possibile trarre le seguenti conclusioni:

I c.d. diritti individuali omogenei tutelabili «attraverso» l'azione di classe sono quei diritti che soddisfano tre diverse condizioni:

a) hanno un contenuto risarcitorio o restitutorio;
 b) appartengono alle categorie previste dal comma 2 dell'art. 140-*bis* c. cons. e cioè sono:

b1) diritti derivanti dall'applicazione della medesima clausola contrattuale contenuta nelle clausole generali di contratto *ex* art. 1341 c.c. o nei moduli o formulari predisposti dal legislatore per disciplinare uniformemente i rapporti con i consumatori;

b2) diritti derivanti da illeciti contrattuali posti in essere nei confronti dei consumatori in maniera reiterata e uniforme, ovvero tali da essere apprezzati in una dimensione unitaria ed omogenea;

b3) diritti derivanti dall'utilizzo dello stesso tipo di prodotto;

b4) diritti derivanti dalla stessa pratica commerciale scorretta;

b5) diritti derivanti dallo stesso comportamento anticoncorrenziale.

c) sono «omogenei», ovvero:

c1) la loro fattispecie causale ha una *parte* (necessaria) *comune*, ovvero «identica», ed una *parte* (eventuale) *differenziata*;

c2) la *parte comune* deve coprire *almeno* le questioni giuridiche in fatto e in diritto sulla base delle quali è dato accertare la responsabilità della parte imprenditoriale¹⁰¹;

c3) la *parte differenziata*, come detto eventuale, può coprire tutto l'arco delle questioni da cui dipende l'estensione della responsabilità, ovvero le questioni da cui dipende la determinazione del *quantum* dovuto.

mente p. 54 ss. e p. 342 ss. Il punto è ripreso ed approfondito nel prossimo capitolo; cfr. in particolare il § 3.2.3.

¹⁰¹ V. *infra*, cap. V, § 3.2.

4. *Ulteriori approfondimenti*

4.1. *Le conseguenze che deriverebbero dall'apertura del giudizio di classe alle questioni differenziate*

Al ragionamento appena svolto può obiettarsi che la soluzione adottata pecca di eccessiva rigidità in quanto esclude l'ingresso delle questioni personali nel giudizio di classe.

Tuttavia la lettera della legge e più in generale l'architettura complessiva del rimedio non consente un superamento in via interpretativa – salvo quello lieve poc'anzi accennato – dei due problemi indicati nelle precedenti pagine e strettamente legati alla determinazione dell'oggetto del giudizio.

Ma a ben vedere il vero limite del nuovo art. 140-*bis* c. cons. non è costituito dall'esclusione dal giudizio collettivo delle questioni personali, ma dall'aver rinviato il loro accertamento ad un autonomo e separato giudizio di liquidazione individuale. Sarebbe stato assai opportuno, invece, prevedere una seconda fase all'interno dello stesso giudizio di classe, appositamente riservato all'accertamento delle questioni differenziate con la partecipazione di quei consumatori che, aderendo, hanno già dimostrato interesse ad attivarsi per la tutela dei loro diritti¹⁰² ed eventualmente coordinare questa ulteriore previsione con un diverso regime degli effetti della sentenza, quantomeno per le controversie di valore inferiore¹⁰³, così da dar luogo a giudizi a carattere meramente liquidativo-distributivo del danno prodotto¹⁰⁴.

In questa maniera le esigenze di gestione collettiva e le esigenze di gestione individuale avrebbero trovato ciascuna adeguata risposta.

¹⁰² In dottrina il suggerimento era stato avanzato già da CONSOLO, C., *Class action fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 609 ss., spec. p. 650 s.; successivamente, v. COSTANTINO, G., *Note sulle tecniche di tutela collettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 1030 ss.; CHIARLONI, S., *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo: azione collettiva o azione di classe*, cit., p. 1845; cfr. da ultimo, ancora COSTANTINO, G., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, in *Diritto econ. ass.*, 2010, p. 1130 ss., spec. p. 1139.

¹⁰³ Cfr. *retro*, cap. I, § 5.2.3., nota 81.

¹⁰⁴ Cfr. *retro*, § 3.4.2.

Va peraltro ricordato che parte della dottrina sinora pronunciata sul nuovo art. 140-*bis* c. cons. ha comunque sostenuto che nel giudizio possano avere ingresso come materia di accertamento anche le questioni personali¹⁰⁵.

Sebbene autorevolmente sostenuta, questa impostazione ricostruttiva non sembra trovare adeguato riscontro nella legge ed anzi – come visto – i segnali inviati dal legislatore appaiono rivolti in senso contrario.

In ogni caso, per sostenere questa impostazione, occorrerebbe in primo luogo determinare il criterio di identità-omogeneità mediante una operazione *a priori* e poi forzare il testo della legge innanzitutto slegandosi dal rapporto di simmetria che avvince i commi 1 e 12 dell'articolo, nonché, soprattutto, dalla

¹⁰⁵ La maggior parte delle posizioni appaiono comunque orientate a ridurre il più possibile tale ingresso in ragione dei problemi che esso determina sia sul piano dell'economia processuale, sia su quello relativo all'adeguata tutela del consumatore aderente: in termini simili a quelli da noi indicati nel testo, v. MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., spec. 1420, secondo cui «occorre che le pretese seriali possano essere definite con una decisione unica e non richiedano accertamenti individualizzati», ovvero «la tutela cumulativa dei diritti individuali deve avvenire soltanto nei casi in cui, per le caratteristiche della fattispecie sostanziale, la decisione del giudice può basarsi esclusivamente su valutazioni di tipo comune, essendo del tutto inesistenti o marginali i temi personali»; similmente TARUFFO, M., *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, cit., p. 114 s.; più liberale, invece, BOVE, M., *La trattazione nel processo di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 83 ss., spec. 93, secondo cui le pretese individuali omogenee sono quelle in cui «le questioni comuni dovrebbero essere esclusive o almeno prevalenti»; CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1304; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1453 ss., parla di diritti il cui accertamento dipenda in massima parte dall'esame e dalla risoluzione di questioni a rilevanza comune, dovendo il giudice valutare la prevalenza delle questioni comuni su quelle personali; auspica una interpretazione lata del requisito di identità anche DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., spec. p. 167-170; ancor più liberale GIUSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 604, secondo cui il requisito di identità ricorre al sussistere di una «semplice dipendenza del diritto dalla stessa azione o omissione o condotta abituale di un medesimo convenuto»; cfr. anche PAGNI, I., *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, cit., p. 363, che in generale ritiene che occorra «dilatere gli spazi del controllo giudiziale fino a bloccare azioni che non presentano caratteristiche di serialità, tali da giustificare il ricorso al non semplice processo di classe».

parte del comma 12 in cui è inserito il rinvio alla liquidazione equitativa *ex art. 1226 c.c.*¹⁰⁶

Più precisamente, occorrerebbe interpretare la norma come se dicesse che «il giudice pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, *anche* ai sensi dell'art. 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione».

Così facendo, infatti, si scardina il condizionamento alternativo che sussiste tra le due parti della disposizione e viene meno il ragionamento poc'anzi svolto, che, per escludere l'ingresso delle questioni personali nel giudizio collettivo, fa perno sul piano esegetico – anche – sul significato da attribuire alla possibilità di ricorrere alla liquidazione *ex art. 1226 c.c.* come alternativa alla mera determinazione del criterio omogeneo.

¹⁰⁶ Cfr. ad es. GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., che, da un lato, non sembra attribuire particolare rilievo a quanto previsto dal primo comma dell'articolo e, dall'altro, fornisce una interpretazione del comma 12 slegata dal rinvio all'art. 1226 c.c. Si afferma, infatti: a) «ai sensi del comma 12, il giudice oltre a liquidare il dovuto, può anche in alternativa limitarsi a stabilire un criterio omogeneo di calcolo della prestazione, e tale previsione indica che anche pretese di ammontare differente siano deducibili in via collettiva, purché calcolabili tramite criteri omogenei» (p. 604), sicché «anche danni non liquidabili in base a criteri omogenei ai sensi del comma 12 devono [...] ritenersi deducibili, salvo doversi in tal caso procedere alla loro liquidazione nella sentenza di accoglimento della domanda» (p. 604); b) «diversamente dalla precedente versione [...] la nuova disciplina [...] non limita il potere del giudice alla determinazione dei criteri di liquidazione delle somme o di somme minime, ma permette di procedere anche alla liquidazione del dovuto [...]. Si tratta di una innovazione apprezzabile e conforme alle esperienze maturate all'estero, dove di solito si concede a chi propone l'azione collettiva risarcitoria almeno tutta la libertà di manovra nella delimitazione dell'oggetto del giudizio compatibile con le regole generali: pertanto l'attore potrà anche limitare l'intero giudizio *ex art. 140-bis* all'accertamento della responsabilità, se il convenuto non si oppone» (p. 609). Cfr., poi, DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 277, ritiene «ultroneo» il richiamo dell'art. 1226 c.c.; GUERNELLI, M., *La nuova azione di classe: profili processuali*, cit., p. 931, che affronta il problema del contenuto della decisione senza peraltro incardinare il ragionamento attorno al rinvio all'art. 1226 c.c. e senza dare rilievo alla distinzione tra questioni personali e comuni; cfr. anche CONTE, G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 106, che ritiene che nell'azione di classe la liquidazione equitativa costituisca un «criterio generale» di determinazione del danno risarcibile; per ulteriori considerazioni al riguardo, v. *infra*, cap. V, § 3.1.

Tuttavia, muovendosi in questa direzione il rinvio all'art. 1226 c.c. diviene – posta la sua ordinaria applicabilità – perfettamente inutile ed anche il significato del comma 12 nella parte in cui disciplina il contenuto della decisione di accoglimento appare piuttosto oscuro.

Il comma 12, infatti, così interpretato, contemplerebbe due opzioni decisorie, quella di condanna e quella dichiarativa della responsabilità, senza però fornire al giudice un criterio per scegliere tra le due¹⁰⁷.

Ma pur mettendo da parte le riflessioni attorno alla corretta interpretazione del comma 12, il piano su cui occorre comunque fermare l'attenzione riguarda gli effetti che discendono dalla scelta di seguire tale impostazione; effetti che si traducono in due diversi problemi di non poco momento.

Il primo è legato alla forte esigenza di economia processuale che abbiamo visto animare il giudizio collettivo tanto in vista della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti dei consumatori, quanto in funzione deflattiva del contenzioso giudiziario.

Difatti, se immaginiamo che l'oggetto del giudizio di classe sia costituito dai diritti dei consumatori e che ivi siano accertate anche le questioni personali, nella prospettiva funzionale appena indicata, ovvero quella della salvaguardia dell'economia processuale, rimane oscuro quali siano gli strumenti di cui il giudice è dotato per evitare che il processo di classe diventi ingestibile.

In altri termini: quali sono il numero e la qualità delle questioni personali che possono essere tollerate dal giudizio collettivo senza impedire un suo efficiente funzionamento?

Si ricorda al riguardo, che il nostro ordinamento processuale, non insensibile al problema, prevede come valvola di sicurezza in caso di litisconsorzio facoltativo la possibilità che il giudice separi le cause «quando la continuazione della loro riunione ritarderebbe o renderebbe più gravoso il processo»¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Cfr., infatti, DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 277, che prima – come detto – ritiene «ultroneo» il richiamo e successivamente (p. 279) ritiene che la legge non indichi quale sia il criterio per scegliere tra le due alternative decisorie.

¹⁰⁸ Cfr. agli artt. 103, comma 2, c.p.c. e 151 disp. att. c.p.c.

Questa possibilità nel giudizio di classe non è prevista, ovvero è esclusa. Ed è naturale che sia così, in quanto il processo di classe non è un litisconsorzio in cui più soggetti fanno valere il loro diritto, ma è un processo rappresentativo. Per cui la separazione è *in re ipsa* impossibile¹⁰⁹.

Di fronte a questo problema l'orientamento dottrinale che ammette l'ingresso delle questioni personali nel giudizio di classe non pare abbia individuato soddisfacenti filtri o strumenti correttivi volti a fronteggiare i problemi di gestione appena evidenziati.

Parte della dottrina ha rimesso alle stesse parti la possibilità di determinare il contenuto della decisione¹¹⁰.

Altra parte della dottrina, invece, ha affrontato la questione in termini molto restrittivi, incoraggiando soluzioni volte ad ammettere l'ingresso delle sole questioni di agevole accertamento¹¹¹, o rimettendo al giudice una valutazione di predominanza delle questioni comuni rispetto a quelle personali sulla scorta della soluzione tecnica adottata in sede di *certification* nell'ordinamento federale statunitense¹¹².

¹⁰⁹ Cfr. DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., che per l'appunto getta un interessante parallelo tra il giudizio di classe e l'art. 151 disp. att. c.p.c., rilevando come tale ultima disposizione, nel prevedere la trattazione e decisione congiunta con il solo limite costituito dalla eccessiva gravosità o dal rischio di ritardi nel processo dovuti al cumulo, induca a ritenere «obiettivamente eccessiva» la limitazione imposta al giudizio di classe mediante il requisito di identità.

¹¹⁰ Così ad es. GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 609 in fine.

¹¹¹ Cfr. in particolare MENCHINI, S., MENCHINI, S.-A., MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., secondo cui «la valutazione del giudice si estende a tutti i fatti costitutivi e a tutti i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi concernenti i crediti del proponente e degli aderenti, siano essi comuni a tutti, siano essi riferibili soltanto ad alcuno o ad alcuni e, quindi esclusivi» (p. 1418), ma «la tutela cumulativa deve avvenire soltanto nei casi in cui, per le caratteristiche della fattispecie sostanziale, la decisione del giudice può basarsi esclusivamente su valutazioni di tipo comune, essendo del tutto inesistenti o marginali i temi personali» (p. 1420); sicché «se il convenuto ha dedotto fatti impeditivi, modificativi o estintivi (ad esempio, prescrizione, decadenza) che riguardano in modo esclusivo una parte dei creditori e se tali elementi richiedono accertamenti complessi o di lunga indagine, è inevitabile l'esclusione di queste posizioni dalla classe» (p. 1421).

¹¹² Cfr. ad es. DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 170, nota 128; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., § 10, *sub A*).

Tutte queste posizioni, peraltro, si muovono su un terreno scivoloso, in quanto, rimosso il significato che pare debba essere attribuito al rinvio all'art. 1226 c.c., viene a mancare all'interno del nuovo art. 140-*bis* c. cons. un criterio certo e positivamente previsto per determinare la soglia entro cui ammettere nel giudizio le questioni personali.

In altri termini: una volta fatta prevalere l'omogeneità sull'identità, ovvero ammettendo che la tutela collettiva possa essere apprestata anche a favore di diritti non perfettamente identici, ed una volta ritenuto che anche le questioni personali siano accertate nel giudizio di classe, non è agevole trovare un sicuro criterio sulla base del quale indirizzare il giudice nella gestione della controversia.

Oltre al problema della gestione «economica» del processo, se ne pone però un altro ancor più delicato, costituito dal pieno rispetto del diritto di azione e di difesa dei consumatori aderenti in riferimento specifico alle questioni che riguardano loro in via esclusiva.

È forse su questo piano che una ricostruzione siffatta incontra i maggiori ostacoli.

Rispetto alle questioni personali, infatti, di agevole o disagiata accertamento che siano, vengono a mancare le condizioni di corretto svolgimento del giudizio in forma rappresentativa ed in particolare dell'adeguata rappresentatività.

Se, infatti, per le questioni comuni il comma 6 dell'art. 140-*bis* c. cons., nel richiedere l'adeguata rappresentatività del proponente e l'assenza di conflitto di interessi, garantisce il corretto e giusto funzionamento del processo collettivo, ciò non si verifica riguardo alle questioni che sono personali per gli aderenti ma estranee al proponente¹¹³.

¹¹³ La delicata posizione processuale dell'aderente, parte sostanziale priva di poteri processuali, costituisce uno dei profili su cui più degli altri la dottrina ha portato l'attenzione. Al riguardo gli interpreti hanno seguito prevalentemente due diverse impostazioni. Da un lato, come meglio vedremo tra breve, vi sono le letture più inclini a forzare il dato letterale, dall'altro quelle più aderenti alla lettera della legge. Di fronte

Riguardo alle questioni differenziate, come già detto e dimostrato in diversi punti di questo lavoro, non c'è classe, non c'è interesse di classe, non c'è domanda di classe e, di conseguenza, cessano quelle condizioni al ricorrere delle quali è possibile ravvisare nel proponente il «giusto» attore collettivo, ovvero colui che «parla» al posto della classe.

Non solo vengono a mancare adeguate garanzie in termini di tutela effettiva dei diritti di azione e difesa costituzionalmente garantiti dal coordinato disposto degli artt. 3, comma 2, e 24, commi 1 e 2, ma emerge soprattutto la *dis*-parità di posizioni tra consumatore e convenuto con evidente lesione del comma 2 dell'art. 111 Cost.¹¹⁴

Infatti, la distinzione tra questioni comuni e questioni personali ha valore solo prendendo come punto di osservazione quello della classe. Dal punto di vista del convenuto, invece, non c'è differenza alcuna al riguardo, sicché la dialettica processuale relativa all'accertamento di una questione personale pone in linea di principio il convenuto in una posizione di oggettivo vantaggio rispetto all'attore collettivo; cosa che invece non si verifica riguardo alle questioni comuni.

Per ricondurre ad armonia quanto ora indicato, occorrerebbe concepire il giudizio di classe in termini puramente simmetrici ad un giudizio plurisoggettivo facoltativo in cui il proponente riveste una posizione privilegiata in riferimento alle que-

al medesimo ostacolo, le prime hanno riconosciuto all'aderente una serie di poteri processuali o hanno superato il problema alla luce del rapporto di mandato che leghebbe proponente e aderente; le seconde, invece, hanno sollevato dubbi di incostituzionalità della disciplina dell'adesione (così, PUNZI, C., *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 259-260), o, preso atto della centralizzazione dei poteri nelle mani del proponente, hanno ritenuto possibile la revoca dell'ordinanza di ammissibilità qualora venisse a mancare l'adeguata rappresentatività del proponente (così, MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-A., MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1432).

¹¹⁴ Il disequilibrio che intercorre tra convenuto e proponente/aderenti riguardo alle questioni personali è giustamente evidenziato dalla dottrina: cfr. DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., 198 ss.; GUERNELLI, M., *La nuova azione di classe: profili processuali*, cit., p. 930.

stioni comuni, rispetto alle quali è adeguatamente rappresentativo e senza conflitto di interessi, ma non in riferimento alle questioni personali.

Riguardo alle questioni personali, invece, occorrerebbe ragionare come segue:

- l'accertamento delle medesime è sorretto da una domanda individuale;
- la domanda individuale è contenuta nell'atto di adesione;
- l'adesione costituisce un atto di esercizio del potere di azione individuale;
- il consumatore con l'adesione acquista anche la qualità di parte processuale;
- l'aderente può partecipare al giudizio;
- legittimati all'impugnazione della sentenza (in via principale o incidentale a seconda dei casi) sono tutti gli aderenti e non solo il proponente.

Parte della dottrina ha, in effetti, prospettato una soluzione siffatta, ma si è già detto che tale scenario è chiaramente al di fuori della disciplina dettata dall'art. 140-*bis* c. cons., che, con quanto previsto al comma 10, esclude che l'aderente sia titolare di poteri processuali propri oltre al potere di adesione¹¹⁵.

In ogni caso, in assenza di adeguate regolamentazioni processuali come quelle esistenti nei giudizi di classe addietro esaminati, ovvero in assenza di opportune previsioni volte a realizzare un'adeguata sutura tra la fase propriamente collettiva, cioè

¹¹⁵ In questo senso, v. tuttavia GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., secondo cui l'aderente è parte in senso sia sostanziale che processuale (p. 600) e, nonostante il divieto di intervento, può costituirsi in giudizio in proprio ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 293 e 294 c.p.c., potendo anche impugnare autonomamente la sentenza con riferimento alla propria pretesa a condizione che si avvalga di una propria difesa tecnica (p. 602); è possibile il *simultaneus processus* anche tra azioni collettive risarcitorie meramente connesse, nonché il cumulo derivante dalla chiamata di terzi o dalla proposizione di domande riconvenzionali, sia contro il proponente sia contro gli aderenti (p. 607); i titolari di diritti autonomi e incompatibili o anche dipendenti, non possono intervenire in primo grado, ma possono intervenire ai sensi dell'art. 344 c.p.c. in appello; cfr. anche ID., *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 159 ss., spec. p. 164. Sul punto, v. *retro*, cap. II, § 2.5.4.

quella riservata all'accertamento delle questioni comuni su domanda del proponente e senza partecipazione degli aderenti, e la fase individuale, riservata all'accertamento delle questioni personali su domanda individuale e con partecipazione dei singoli aderenti, il giudizio di classe scomparirebbe sino a divenire un processo plurisoggettivo. Nel quale, peraltro, proprio per l'assenza di una regolamentazione specifica, realizzare un corretto e giusto temperamento tra esigenze collettive ed esigenze individuali sarebbe impossibile¹¹⁶, salvo auspicare, se proprio si volesse seguire questa strada, l'applicazione analogica del secondo comma dell'art. 103 c.p.c.¹¹⁷ D'altro canto, un giudizio collettivo in cui entrano anche le questioni personali e in cui gli aderenti possono, se vogliono, prendere parte in modo attivo al giudizio, va praticamente a coincidere nella sua sostanza alla situazione prevista dal primo comma dell'art. 103 c.p.c., sicché l'applicabilità del secondo comma diventerebbe una soluzione interpretativa dovuta sul piano costituzionale pena la violazione del principio della ragionevole durata del processo.

Altra parte della dottrina, maggiormente fedele all'impostazione del giudizio di classe *ex art. 140-bis c. cons.*, ha cercato di prospettare soluzioni di compromesso, ma in ogni caso poco armoniche con l'assetto positivo del nuovo rimedio.

Si è così ritenuto che il giudice, qualora si accorga che l'attività processuale del proponente volta a contrastare le eccezioni o le allegazioni riguardanti i singoli aderenti a titolo personale non sia adeguata, debba dichiarare inammissibile l'azione¹¹⁸.

¹¹⁶ Lo rileva opportunamente DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 200.

¹¹⁷ Come suggerito da TOMMASEO, F., *La partecipazione dei consumatori ai giudizi collettivi risarcitori (note sull'art. 140-bis del codice del consumo)*, cit., p. 1839, nota 15 e p. 1847.

¹¹⁸ DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 199. Tuttavia ci si chiede chi possa valutare in concreto per ogni singolo aderente e per ogni singola questione se il proponente appare adeguatamente rappresentativo. Inoltre quale terzietà ed imparzialità residuerebbe nel giudice di volta in volta teso a proteggere ogni singolo aderente dalla improvvida difesa processuale del proponente? Il problema va evidentemente risolto a monte e non a valle, rilevando che il proponente non

Altre letture ancora hanno cercato di risolvere il problema facendo perno sul rapporto di mandato intercorrente tra attore collettivo e aderente.

Più nel dettaglio, secondo una prima opzione interpretativa, già formulata in riferimento alla precedente versione dell'articolo, spetterebbe all'attore collettivo «filtrare» le adesioni indicando sin dalla proposta al pubblico dei consumatori opportune condizioni di adesione volte ad escludere i titolari di diritti soggettivi eccessivamente disomogenei¹¹⁹.

Secondo diversa soluzione, invece, in forza del mandato il proponente sarebbe obbligato ad impugnare la sentenza sfavorevole all'aderente¹²⁰.

Si è, infine, anche ritenuto che l'aderente, privo di poteri processuali durante lo svolgimento del giudizio, possa, di fronte ad una sentenza che non riconosca la sua pretesa, impugnare il capo di sentenza relativo, con conseguente prosecuzione in chiave individuale del processo in appello o con la riapertura del

è una figura che istituzionalmente può ritenersi adeguatamente rappresentativo in riferimento alle questioni personali salvo poi valutare le eccezioni del caso. Va, inoltre, aggiunto che il proponente deve curare adeguatamente l'«interesse della classe» e non l'interesse del singolo aderente. E si ricorda che riguardo le questioni personali non c'è classe. Non a caso negli ordinamenti che seguono il modello della *class actions* si parla *a)* di questioni comuni alla classe; *b)* di questioni comuni alla sotto-classe; *c)* di questioni personali, cioè non comuni e non di classe (cfr. *retro*, nota 89).

¹¹⁹ Cfr., in riferimento alla precedente norma, CONSOLO, C., spec. in *Tutela giurisdizionale dei crediti «per adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, cit., p. 1701 ss.; *contra*, GIUSSANI, A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1233; BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1034; in riferimento al nuovo art. 140-bis c. cons., v. ancora CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1301; *contra*, CONTE, G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 53.

¹²⁰ CAPONI, R., *La riforma della «class action», Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, cit., § 17, secondo cui «salvo patto contrario, l'attore collettivo non può prestare acquiescenza alla sentenza di merito di rigetto senza premunirsi dell'assenso degli aderenti, perché la rinuncia ad impugnare implica in tal caso disposizione del diritto»; DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 193, secondo cui – salvo diversa volontà dell'aderente – l'attore collettivo è onerato-obbligato ad impugnare la sentenza che ha rigettato nel merito la «domanda» relativamente ad alcuno soltanto degli aderenti.

giudizio di classe nel caso di impugnazione incidentale da parte dell'impresa convenuta¹²¹.

4.2. *Il ruolo delle questioni differenziate nella valutazione di appartenenza dell'aderente alla classe*

Tutte le impostazioni ora sommariamente riportate muovono dalla premessa che nel giudizio di classe abbiano accesso le questioni personali degli aderenti e che il dovere decisorio giudiziale abbia ad oggetto i singoli rapporti così come per l'appunto accade in un litisconsorzio facoltativo in cui, sebbene in presenza di una sommatoria di più cause, riguardo alla singola controversia cumulata non si realizza una dinamica processuale molto diversa rispetto ad un comune giudizio individuale¹²².

Nella impostazione che si ritiene preferibile, invece, nel giudizio *ex art. 140-bis c. cons.* la causa è unica ed è quella di classe.

L'oggetto del giudizio è prima determinato provvisoriamente con la domanda del proponente e poi viene definitivamente fissato con l'ordinanza che ammette l'azione.

Verificata la sussistenza del rapporto di comunanza, il processo si svolge attorno al diritto del proponente nella sua qualità di diritto rappresentativo dei diritti della classe. Solo in un secondo momento, accertata nel merito la sussistenza o meno di tale diritto, si dovrà valutare se l'accertamento giudiziale ottenuto può essere esteso o meno ai singoli consumatori che hanno aderito¹²³.

¹²¹ PAGNI, I., *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, cit., p. 371; problematicamente, v. RORDORF, R., *L'azione di classe nel novellato art. 140-bis cod. consumo: considerazioni (e qualche interrogativo)*, cit., p. 186.

¹²² Sul punto, per tutti, MENCHINI, S., *Il processo litisconsortile*, I, *Struttura e poteri delle parti*, Milano, 1993, p. 102 ss., in cui si osserva che il cumulo di cause connesse in via di *causa petendi* o per connessione oggettiva impropria si realizza in un processo litisconsortile formalmente unitario, ma all'interno del quale è dato rilevare diverse cause reciprocamente autonome.

¹²³ L'art. 140-bis c. cons. non indica quale sia il preciso momento processuale per valutare l'appartenenza degli aderenti all'azione. Spetterà, forse, al giudice, in re-

Muovendo da questa premessa, si potrebbe pensare che nel giudizio di ammissibilità, nel verificare l'appartenenza, sorga nuovamente la necessità di valutare la sussistenza o meno di questioni differenziate.

D'altro canto è evidente che alla dimostrazione di non appartenenza alla classe si può giungere lungo diversi percorsi:

a) ci sono questioni diverse, cioè ulteriori, rispetto a quelle comuni, che delineano una situazione sostanziale non «identica» a quella degli altri consumatori appartenenti alla classe;

b) una questione comune che è stata elemento di «aggregazione» della classe, non ricorre nel caso di specie, ovvero tale questione, indipendentemente da come è stata accertata, non si pone proprio in riferimento al singolo aderente.

Di contro, non è ovviamente possibile dimostrare la non appartenenza affermando che una certa questione comune deve essere accertata in maniera diversa rispetto a quanto già fatto in riferimento alla classe, poiché o la questione è comune ed allora vale l'accertamento già svolto, oppure sorge una questione ulte-

lazione alle caratteristiche concrete della controversia, fissare tale momento prima o dopo l'accertamento delle questioni comuni. In ogni caso, se si ritiene che il giudizio di classe dia luogo alla sommatoria di più domande all'interno di un unico giudizio, allora è evidente che la valutazione di ammissibilità, da un lato, si confonde con una pronuncia di merito sul diritto fatto valere, dall'altro, contribuendo alla definizione del *thema decidendum*, dovrà svolgersi alla prima udienza successiva allo scadere del termine per aderire (cfr. ad es. BOVE, M., *La trattazione nel processo di classe*, cit., p. 87). Di contro, se si ritiene che *a)* l'adesione non abbia effetti propriamente innovativi, *b)* l'oggetto viene ad essere fissato con l'ordinanza di ammissibilità e non dopo, *c)* l'appartenenza costituisce una valutazione di rito e non di merito, se – si diceva – si muove da tali premesse, allora tale valutazione potrà ben verificarsi dopo l'accertamento nel merito delle questioni comuni. D'altro canto, secondo parte della dottrina sostanzialmente favorevole alla ricostruzione ora indicata, la dichiarazione di non appartenenza dovrebbe svolgersi o già in sede di giudizio di ammissibilità o, per le adesioni successive, alla prima udienza fissata per il merito (MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1426). Va poi chiarito se sull'appartenenza il giudice debba pronunciarsi con sentenza o con ordinanza. In questo secondo senso, v. ancora MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., § 1427; nel primo, invece, in applicazione analogica delle norme sull'intervento, v. BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1033.

riore e diversa in grado di influire sulla possibilità di ricondurre l'accertamento collettivo anche al singolo rapporto.

Sia nell'ipotesi *sub a*), sia nell'ipotesi *sub b*), l'attenzione del giudice, come è ovvio, si sposta dal giudizio di classe e si rivolge al diritto soggettivo particolare del singolo aderente.

Questo profilo è assai delicato e solo una corretta ricostruzione sistematica dell'azione di classe consente di comprendere con esattezza quale assetto tecnico-giuridico conferire a questa fase del giudizio di classe.

Si potrebbe, ad esempio, ragionare nei termini che si indicano qui di seguito.

Nel momento in cui il giudice verifica l'appartenenza in realtà formula il giudizio di merito riguardante il singolo rapporto, ragion per cui, visto che l'appartenenza dipende essenzialmente dalla verifica della sussistenza di questioni personali, allora si ripropongono nuovamente i problemi relativi alla partecipazione dei singoli aderenti al giudizio di classe.

Si potrebbe concludere questo discorso pensando al caso della domanda di classe accolta nel merito e del consumatore aderente escluso – ad esempio – sulla base di una eccezione personale ritenuta fondata¹²⁴.

¹²⁴ In un giudizio collettivo ricostruito sostanzialmente come un litisconsorzio facoltativo atipico l'adesione viene nella sostanza a coincidere con l'intervento volontario ma senza conseguenti poteri processuali; cfr. ad es. BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1033 e 1035, che distingue tra la sentenza con la quale il giudice esclude il consumatore, sentenza appellabile da parte dell'aderente, e la sentenza con la quale accerta nel merito l'inesistenza del diritto del singolo aderente, impugnabile solo dal proponente; v. anche PAGNI, I., *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, cit., p. 371, che, sempre ritenendo che l'aderente non acquisti la qualità di parte processuale durante lo svolgimento del giudizio, ritiene però che detto aderente possa, di fronte ad una sentenza che non riconosca la sua pretesa, impugnare il capo di sentenza relativo, con conseguente prosecuzione in chiave individuale del processo in appello o con la riapertura del giudizio di classe nel caso di impugnazione incidentale da parte dell'impresa convenuta. Che l'accertamento sfavorevole di una questione personale possa condurre ad una sentenza di rigetto nel merito della pretesa del singolo aderente è piuttosto pacifico in dottrina: cfr. ad es. MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1487 ss.

L'interrogativo che occorre porsi in questa come in altre similari ipotesi è il seguente: la pronuncia con la quale il giudice dichiara non appartenente il consumatore alla classe contiene l'accertamento del diritto vincolante ai sensi dell'art. 2909 c.c.?

La risposta che a nostro giudizio occorre dare a questo quesito è negativa.

Il giudizio di appartenenza non costituisce un sindacato di merito sul rapporto del singolo consumatore che duplica *ex post* la valutazione di identità già fatta in sede di ammissibilità, ma costituisce una verifica attinente al rito dell'azione di classe.

Più precisamente l'appartenenza è una questione di rito dalla cui sussistenza dipende l'estensione o meno degli effetti di accertamento riguardo alle questioni comuni.

Come già detto, nel giudizio di classe la domanda proposta è una sola: quella della classe. E riguarda il segmento identico che ad essa appartiene. Il giudice accerta positivamente o negativamente nel merito tale segmento, ad esempio verificando la sussistenza della responsabilità del convenuto. Poi deve verificare se tale pronuncia, che in astratto vale per tutta la classe «attiva», in concreto vale per i consumatori che hanno aderito.

Questa valutazione ovviamente guarda al merito, ma non dà mai luogo ad un accertamento delle singole questioni personali in vista di una pronuncia nel merito sullo specifico rapporto tra aderente e convenuto.

D'altronde, il giudice è privo di qualsiasi potere-dovere decisivo riguardo ai singoli rapporti giuridici in titolarità agli aderenti, poiché è investito della decisione sulla domanda di classe. Sicché ogni verifica delle questioni di merito viene operato incidentalmente in funzione della soluzione della questione di rito.

Ragion per cui, ad esempio, qualora avesse già accolto la domanda della classe e dovesse escludere il consumatore X in quanto non appartenente ad essa, perché ad esempio nei suoi confronti il convenuto in sede di valutazione di appartenenza ha sollevato una eccezione che appare al giudice fondata nel merito, il provvedimento che esclude il consumatore X non contiene im-

plicitamente una pronuncia di accertamento negativo del rapporto sostanziale intercorrente tra il consumatore X e il convenuto.

Spetterà al consumatore aderente o al professionista convenuto dar luogo – in un successivo momento ed in posizione di parità – ad un giudizio individuale sul loro specifico rapporto sostanziale, sebbene, come è evidente, si deve ritenere improbabile il caso in cui tale questa ipotesi si verifichi effettivamente.

Guardando le cose in questa maniera si comprendono e si chiariscono molti aspetti della procedura che diversamente sarebbero oscuri.

Ci riferiamo in particolare alla disposizione contenuta nel comma 11 dell'art. 140-*bis* c. cons. secondo cui, con l'ordinanza di ammissibilità o con ordinanza successiva, il tribunale «regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio».

Tale formulazione si ritrova in altre disposizioni sparse nel nostro ordinamento processuale e precisamente all'art. 669-*sexies*, comma 1, c.p.c., che, in materia di procedimento cautelare uniforme, prescrive che il giudice «sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto»; all'art. 702 *ter*, comma 5, c.p.c., secondo cui «alla prima udienza il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande»; nonché all'art. 36, comma 1, l. fall., laddove anche in riferimento al procedimento di reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori, si prevede che «il giudice delegato, sentite le parti, decide con decreto motivato, omessa ogni formalità non indispensabile al contraddittorio»; inoltre, al comma 3 del medesimo articolo, si ripete tale formulazione in riferimento al reclamo proposto al tribunale falli-

mentare avverso il decreto reso dal giudice delegato; ed ancora all'art. 44, comma 3, del testo unico sull'immigrazione, richiamato anche dai decreti legislativi e dagli altri provvedimenti in materia di discriminazione.

In dottrina, a causa di una non insignificante difformità di vedute sulla nozione di sommarietà¹²⁵, si discute alacramente sulla natura della cognizione regolata con tale tecnica normativa, si concorda però sul fatto che la deroga alla predeterminazione delle forme del processo rimetta al giudice il potere di regolare il rito in stretta aderenza alla funzione del procedimento.

Nell'art. 140-*bis* c. cons. la funzione del procedimento è quella – più volte rimarcata¹²⁶ – di garantire la realizzazione delle diverse finalità appartenenti alla tutela giurisdizionale collettiva risarcitoria; funzione che emerge dallo stesso comma 11, laddove nel delineare i criteri di indirizzo che il giudice deve seguire nell'esercizio dei suoi poteri di *case management*, afferma che il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando «il rispetto del contraddittorio», nonché una gestione del processo «equa», «efficace» e «sollecita».

Quanto – allora – previsto dall'ultima parte del comma 11 in riferimento specifico all'istruzione probatoria, assume un ruolo primario proprio nel caso in cui il giudice, per pronunciarsi sulla domanda di classe, debba conoscere di questioni relative ai singoli rapporti giuridici spettanti ai consumatori della classe; situazione – quest'ultima indicata – che può verificarsi in sede di giudizio di ammissibilità, nonché, necessariamente, al momento di valutare l'effettiva appartenenza degli aderenti alla classe.

In questo caso, ovvero allo scopo limitato di verificare detta questione di rito, che è tipica e propria dell'azione di classe, è naturale che si realizzi una semplificazione probatoria; semplificazione il cui grado e le cui modalità di attuazione sono già stati

¹²⁵ Su cui peraltro, v. la limpida voce di CARRATTA, A., *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, 1, Milano, 2007, p. 877 ss.

¹²⁶ Cfr., in particolare, *retro*, cap. I, § 5.

stabiliti nel contraddittorio tra le parti in sede di ammissibilità dell'azione e resi noti ai consumatori: con la pubblicizzazione dell'ordinanza secondo quanto previsto dalla lett. a) del comma 9, secondo cui il tribunale «definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi»; oppure successivamente anche ai sensi del comma 11, stando al quale le parti sono onerate della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti.

In questa prospettiva non sembra opportuno escludere la delega del collegio ad uno dei suoi componenti per lo svolgimento di istruttoria relativa a queste questioni¹²⁷, nonché anche l'eventualità che il giudice possa richiedere l'audizione dei consumatori aderenti affinché questi forniscano sulle questioni dibattute gli opportuni chiarimenti, eventualmente sollecitando l'esercizio dei poteri processuali da parte del proponente¹²⁸.

Il collegio, dunque, nell'esercizio dei suoi poteri di *case management*, dopo aver determinato una apposita fase del procedimento collettivo riservata alla verifica della situazione di appartenenza, potrà convocare i singoli aderenti, qualora ciò sia necessario o opportuno al fine dell'accertamento delle questioni da cui dipende l'appartenenza del consumatore alla classe, eventualmente limitando l'audizione a quelli rispetto ai quali l'appartenenza è più dubbia anche sulla base delle difese del convenuto.

In questo caso l'audizione del consumatore, sebbene non formalmente, ha una funzione partecipativa ed al contempo istruttoria, in termini simili a quelli che si verificano nei procedimenti in cui il giudice deve adottare provvedimenti che incidono

¹²⁷ A favore di questa soluzione, v. GUERNELLI, M., *La nuova azione di classe: profili processuali*, cit., p. 920; *contra*, autorevolmente, COSTANTINO, G., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 1147.

¹²⁸ In riferimento al processo di classe ammette l'utilizzo delle prove atipiche o atipicamente acquisite, BOVE, M., *La trattazione nel processo di classe*, cit., p. 94 ss.; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1441 ss.

sulla sfera giuridica di soggetti che però dal punto di vista formale non hanno o non possono avere la qualità di parti¹²⁹.

La natura semplificata-sommatoria di questa fase è giustificata dal fatto che, come già detto, se l'esito è positivo, il consumatore appartiene alla classe e quindi l'accertamento della domanda collettiva vale anche per lui con effetti pari ad un accertamento ottenuto all'interno di un giudizio individuale.

Se, invece, l'esito è negativo, il consumatore non appartiene alla classe e quindi l'accertamento della domanda collettiva non vale anche per lui¹³⁰.

Questo regime è ben comprensibile posto che la questione di appartenenza riguarda il rito ed inoltre è pienamente conforme alle garanzie costituzionali in punto di giusto processo.

Se, infatti, la dichiarazione di non appartenenza fondata sull'accertamento sfavorevole di una questione personale implicasse l'accertamento immodificabile *ex art. 2909 c.c. del rapporto consumatore-imprenditore*, si violerebbero i principi previsti agli artt. 3, comma 1, 24, comma 1 e 2, 111, comma 2, Cost.

¹²⁹ Una situazione affine a quella indicata nel testo si verifica, *mutatis mutandis*, nei procedimenti di separazione e divorzio riguardo ai provvedimenti che il giudice assume nell'interesse dei figli minori. In questo caso, infatti, l'autonomia del loro interesse rispetto a quello dei genitori, nonché il potenziale conflitto che può venirsi a realizzare tra gli interessi dei coniugi e l'interesse del minore sono tratti che caratterizzano profondamente l'istituto e che avrebbero potuto indurre il legislatore ad attribuire al minore la veste di parte processuale con conseguente nomina di un curatore speciale. Tuttavia, l'esigenza di non formalizzare un possibile conflitto tra genitori e figlio ha fatto sì che la scelta operata dall'ordinamento non sia quella ora indicata, ma l'audizione obbligatoria del minore ai sensi dell'art. 155-*sexies*, primo comma, c.c.; audizione, che, per le considerazioni ora succintamente svolte è, come puntualmente indicato dalla più recente giurisprudenza, una forma di vera e propria partecipazione al giudizio sebbene non secondo i tradizionali canoni della dogmatica processualciviltistica. Per la giurisprudenza sul punto, v. Cass., S.U., 21 ottobre 2009, n. 22238; e successivamente, per interessanti spunti riguardo alle modalità procedurali dell'audizione, v. Cass. 26 marzo 2010, n. 7282. Da ultimo, v. QUERZOLA, L., *Il processo minore in dimensione europea*, Bologna, 2010, p. 83 ss.

¹³⁰ Si è correttamente osservato, infatti, che di fronte ad una difesa personale svolta dal convenuto nei confronti degli aderenti, il giudice non debba *de plano* escludere il consumatore dalla classe, ma possa svolgere una istruttoria sommaria per valutare la serietà e la verosimiglianza delle difese proposte: così, MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *Art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1453 ss.

Il consumatore verrebbe, infatti, vincolato ad un accertamento ottenuto sulla base di questioni rispetto alle quali l'adeguata rappresentatività del proponente non sussiste nonché in un processo nel quale o non ha partecipato attivamente o non ha potuto esercitare poteri processuali in posizione di parità rispetto alla controparte.

CAPITOLO QUINTO

DALL'OGGETTO AGLI EFFETTI DEL GIUDIZIO

SOMMARIO: 1. Cornice dogmatica. – 2. Principio della domanda e principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. – 2.1. Nei rapporti tra giudice e proponente. – 2.2. Nei rapporti tra giudice e aderenti. – 2.3. Il potere di formazione delle sottoclassi. – 3. I limiti oggettivi e soggettivi dell'efficacia di accertamento. – 3.1. La condanna del convenuto al pagamento delle somme. – 3.2. L'accertamento della responsabilità. – 3.2.1. Considerazioni introduttive. – 3.2.2. La sua astratta ammissibilità. – 3.2.3. La natura della sentenza dichiarativa della responsabilità. – 3.2.3.1. Considerazioni introduttive. – 3.2.3.2. Il parallelo con la condanna generica. – 3.2.4. L'ammissibilità della sentenza dichiarativa della responsabilità come sviluppo patologico del processo. – 3.2.5. Le questioni accertate dalla sentenza dichiarativa della responsabilità. – 3.3. La condanna provvisoria. – 3.4. Conclusioni. – 4. I limiti oggettivi e soggettivi dell'effetto consumativo del potere di azione. – 5. Il rapporto tra l'azione collettiva inibitoria e l'azione collettiva risarcitoria di classe. – 5.1. Premessa. – 5.2. L'azione collettiva inibitoria dopo l'introduzione dell'azione di classe. – 5.3. Gli ostacoli al *simultaneus processus*. – 5.4. Conclusioni

1. *Cornice dogmatica*

Nelle pagine che precedono abbiamo individuato quali sono i diritti soggettivi tutelabili «attraverso» l'azione di classe. Occorre ora precisare come si realizzi tale tutela sul piano dichiarativo, ovvero quali siano l'oggetto e gli effetti del giudizio di classe previsto dal nuovo art. 140-*bis* c. cons.

Il discorso è leggermente più articolato di quanto accade nel giudizio individuale, ma va subito precisato che, ad di là delle apparenze, il giudizio di classe replica gli stessi nessi logico-giu-

ridici essenziali che concorrono alla costruzione della tradizionale dogmatica degli effetti del giudizio di cognizione e della tutela dichiarativa in generale.

Gli elementi di diversità costituiscono specifiche variazioni all'interno di un contesto concettuale comunque unitario ed assimilabile al giudizio individuale, assumendo, però, la classe come titolare dell'azione e tenendo conto, d'altro canto, che la classe può essere intesa come un soggetto unitario, cioè individuale, ma è al contempo un soggetto plurimo, ovvero collettivo.

Ciò porta a focalizzare l'attenzione sui seguenti profili.

Come visto sin dal primo capito di questo lavoro appartiene alla tradizionale dogmatica dell'azione di cognizione individuale un nesso di necessaria corrispondenza tra: l'oggetto della domanda quale atto di esercizio del potere di azione, l'oggetto del potere-dovere decisorio che viene a costituirsi con la proposizione della domanda, i limiti oggettivi e soggettivi entro cui si spiegano gli effetti riconnessi all'esercizio del potere-dovere decisorio¹.

Nel giudizio di classe la richiesta di tutela giurisdizionale avanzata dal proponente in veste di rappresentante della classe è filtrata dal potere di controllo del giudice e ciò conduce a talune variazioni in sede di applicazione del principio della domanda, nonché del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Nel giudizio individuale la catena logico-giuridica appena indicata, che parte dall'oggetto della domanda proseguendo sino all'oggetto della decisione, è a sua volta determinata, in applicazione del principio di strumentalità, dai limiti entro cui il nostro ordinamento riconosce la tutela giuridica sul piano sostanziale all'interesse leso sia in termini oggettivi che soggettivi, ovvero mediante l'attribuzione di situazioni giuridiche sostanziali nella forma del diritto soggettivo e dell'obbligo².

Nel giudizio di classe l'esigenza di tutela effettiva dei diritti dei consumatori, nonché l'esigenza di economia processuale,

¹ Cfr. *retro*, cap. I, § 2.

² Cfr. *retro*, cap. I, § 2.

consentono che l'oggetto del giudizio possa essere maggiormente variabile³, cioè estendersi a tutte le questioni da cui dipende la condanna del convenuto, oppure essere limitato all'accertamento della responsabilità della parte imprenditoriale.

Nel giudizio individuale l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti; così, da un lato, viene dettata irretrattabilmente la regola che disciplina in concreto il rapporto controverso e, dall'altro, si realizza la consumazione del potere di azione al fine di impedire un nuovo giudizio sullo stesso oggetto⁴.

³ Cfr., per tutti, CAPONI, R., *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1205 ss., spec. p. 1220 ss.; ID., *Oggetto del processo e del giudicato «ad assetto variabile» (in tema di azione collettiva risarcitoria, art. 140-bis c. cons.)*, in *Foro it.*, 2008, V, p. 200 ss.; ID., *Processo civile e nozione «complessa»: impieghi normativi*, in *Foro it.*, 2009, V, p. 136 ss.; ID., *Variabilità dell'oggetto del processo (nell'azione collettiva risarcitoria)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 47 ss.; ID., *La riforma della «class action», Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, in *www.judicium.it*, spec. § 6. Sul punto, v. le considerazioni svolte *retro*, cap. I, § 5.2.3.

⁴ Nel testo sono riportati i tratti comunemente ritenuti caratterizzanti l'istituto della cosa giudicata civile, vale a dire, da un lato, l'effetto sostanziale conformativo e di accertamento di cui all'art. 2909 c.c. e, dall'altro lato, la regola processuale del *ne bis in idem*. Non è questa, ovviamente, la sede per affrontare in modo specifico il tema relativo alla natura ed agli effetti prodotti dalla cosa giudicata, posto che, a seconda della ricostruzione prescelta, l'interprete sarà di volta in volta portato a considerare uno dei due effetti, il sostanziale o il processuale, quello prevalente – se non addirittura esclusivo – dell'istituto in parola. Tuttavia, sia pure senza alcuna pretesa di completezza, appare comunque opportuno richiamare le posizioni più significative assunte dalla dottrina sul tema. Tra i fautori della teoria sostanziale della cosa giudicata, sulla scia di ALLORIO, E., *La cosa giudicata rispetto ai terzi* (1935), rist. Milano, 1992; ID., *Natura della cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, p. 215 ss., v. REDENTI, E., *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 257 ss., spec. 261 e 262 in nota n. 3; VELLANI, M., *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, 1958; ATTARDI, A., *La revocazione*, Padova, 1957, 117 ss.; BUSNELLI, F.D., *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario del cod. civ.*, libro VI, *Della tutela dei diritti* (artt. 2900-2969), Torino, 1980, 215 ss.; per la contrapposta teoria processuale, ROCCO, U., *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, 1917; LIPARI, *Contributo alla teoria delle eccezioni contro il giudicato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, p. 182 ss.; BETTI, E., *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio* in *Riv. dir. comm.*, 1929, p. 544 ss.; HEINITZ, E., *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937; SEGNI, A., *La natura dell'eccezione di cosa giudicata*, in *Foro It.*, 1937, I, 826 ss.; ID., *Tutela giurisdizionale*

Nel giudizio di classe tanto l'effetto di accertamento quanto l'effetto consumativo, che da questo dipende, si producono in capo alla classe, da un lato, e al convenuto, dall'altro, ma la classe:

a) è composta da tutti i consumatori la cui pretesa si fonda sui fatti determinati dal giudice con l'ordinanza di ammissibilità;

b) non tutti i consumatori appartenenti alla classe aderiscono al giudizio.

Ciò determina le seguenti conseguenze:

a) l'effetto di accertamento, che potrebbe astrattamente prodursi nei confronti di tutta la classe, subisce la limitazione imposta dal comma 14, ovvero non si produce nei confronti dei consumatori non aderenti;

b) l'effetto consumativo dell'azione di classe si produce nei confronti di tutta la classe senza distinzione alcuna;

c) per valutare l'ambito oggettivo della efficacia di giudicato occorre guardare alla decisione che definisce il giudizio e verificare i limiti oggettivi dell'accertamento;

d) diversamente, per valutare i limiti dell'effetto consumativo, l'attenzione si sposta dalla decisione di merito all'ordinanza che determina la classe; infatti, per la determinazione degli effetti preclusivi che investono la classe intera colpita dall'illecito, quel

zionale in generale, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Libro sesto, *della tutela dei diritti*, Roma-Bologna, 1962, p. 284 ss.; assumono una posizione non pienamente riconducibile a nessuno degli opposti orientamenti appena richiamati CHIOVENDA, G., *Cosa giudicata*, in *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1928, p. 906 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile* (1935), I, Napoli, 1960, p. 319 ss.; FAZZALARI, E., *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, p. 1304 ss.; FALZEA, A., *Accertamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 205 ss.; ID., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 432 ss.; ATTARDI, A., *La cosa giudicata*. I. *l'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1961, p. 1 ss.; del tutto originale la ricostruzione di LIEBMAN, E.T., *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1935; ID., *Giudicato: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur. Trec.*, XV, Roma, 1989, 1 ss., alla quale hanno aderito, tra gli altri, LA CHINA, S., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XIX, Torino, 1985, p. 5 ss., spec. p. 32 ss.; RICCI, E.F., *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, 1987, Torino, 17 ss.; ID., *Enrico Tullio Liebman e la dottrina degli effetti della sentenza*, in *Enrico Tullio Liebman oggi. Riflessioni sul pensiero di un maestro*, Milano, 2004, 83 ss.

che conta è la determinazione della classe operata con l'ordinanza di ammissibilità. I rapporti tra tutela giurisdizionale e classe nel suo complesso sono, infatti, disciplinati, sotto questo profilo, non dalla sentenza che definisce il giudizio, ma dall'ordinanza di ammissibilità che viene pubblicizzata ai sensi del comma 9.

2. *Principio della domanda e principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*

2.1. *Nei rapporti tra giudice e proponente*

Nel primo capitolo di questo lavoro si è osservato che l'azione individuale di cognizione è strettamente ossequiosa del principio della domanda e del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato con la conseguenza che l'oggetto del potere di azione è il medesimo del potere-dovere decisorio giudiziale⁵.

Nell'azione di classe il principio della domanda rimane fermo e così nella sostanza anche il principio tra chiesto e pronunciato, sebbene si verificano dinamiche processuali che pongono in risalto un diverso rapporto tra parti e giudice⁶.

⁵ Per approfondimenti, v. il recente lavoro di GIORGETTI, M., *Il principio di variabilità nell'oggetto del giudizio*, Torino, 2008.

⁶ A questi profili ha dedicato particolare attenzione CAPONI, R., *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, cit., spec. p. 1220 ss.; ID., *Oggetto del processo e del giudicato «ad assetto variabile» (in tema di azione collettiva risarcitoria, art. 140-bis c. cons.)*, cit., p. 200 ss.; ID., *Processo civile e nozione «complessa»: impieghi normativi*, cit., p. 136 ss.; ID., *Variabilità dell'oggetto del processo (nell'azione collettiva risarcitoria)*, cit., p. 47 ss.; ID., *La riforma della «class action», Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, cit., § 6. Secondo la prospettiva seguita dall'autorevole dottrina ora indicata, nel processo collettivo risarcitorio si assisterebbe ad un'attenuazione del principio dispositivo come risposta alla funzione specifica del processo (cfr. ad es. *Processo civile e nozione «complessa»: impieghi normativi*, cit., p. 139). Tuttavia tale attenuazione va ben intesa. Nel giudizio individuale il grado di disponibilità della tutela giurisdizionale è, come noto, assai modesto. Difatti, è vero che spetta all'attore determinarne l'inizio, l'oggetto e gli effetti del giudizio, in forza del principio della domanda (art. 99 c.p.c.) e del principio di corrispondenza tra

In realtà, leggendo il comma 9, nonché anche il comma 12, potrebbe sembrare il contrario.

chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.), ma al contempo quello stesso attore deve di regola invocare una tutela giurisdizionale conforme ai limiti entro cui il suo interesse sostanziale è tutelato dall'ordinamento, ovvero può perseguire con il processo unicamente il conseguimento di quelle utilità sostanziali, cioè quei beni della vita, di cui è stato privato per la mancata cooperazione tra le parti del rapporto controverso (cfr. *retro*, cap. I, § 2.). Sicché, in realtà, il titolare del diritto leso è libero di invocare o meno l'intervento giurisdizionale, ma fatto questo non ha molto margine nel ritagliare a suo piacimento l'oggetto del giudizio avviato. Nel giudizio di classe, invece, l'oggetto del processo è variabile in quanto il giudizio deve rispondere adeguatamente alla complessità della controversia, ma, a parte questo profilo, non viene mai ad essere imposta al titolare del diritto una tutela giurisdizionale diversa da quella che vuole ottenere. Diverso è il discorso relativo alla possibile lesione dei principi costituzionali ed in particolare dell'art. 24 Cost. (cfr. ad es. *Processo civile e nozione «complessa»: impieghi normativi*, cit., p. 137). A tal riguardo, il problema va affrontato partitamente, ovvero tenendo separata la posizione dei consumatori da quella del convenuto. Riguardo ai primi, il problema non si pone, in quanto l'azione di classe costituisce un rimedio alternativo e facoltativo (cfr. *amplius* le considerazioni svolte nel testo). Riguardo alla parte imprenditoriale, invece, il problema si pone senz'altro, poiché questa può essere «obbligata» a subire un processo «parziale», cioè limitato solamente ad alcune questioni. Tuttavia queste considerazioni vanno calate all'interno dello specifico contesto appartenente al processo di classe, che, come testimoniano le esperienze straniere (cfr. *retro*, IV, § 3.4.2.), costituisce un giudizio connotato da un elevato grado di complessità (cfr. *retro*, cap. I, §§ 5.2.3. e 5.2.4.) da cui emerge un articolato insieme di esigenze talora contrapposte (cfr. *retro*, cap. I, § 5.1.) a cui il processo deve dare risposta con soluzioni maggiormente articolate rispetto a quelle riscontrabili all'interno del giudizio individuale. In questa specifica prospettiva vanno pienamente accolte le considerazioni di CAPONI, R., *Processo civile e nozione di controversia «complessa»: impieghi normativi*, cit., p. 138, che ha puntualmente osservato: «le tesi che vedono l'oggetto del processo e del giudicato nell'azione collettiva risarcitoria in qualcosa di diverso da un diritto o comunque da una situazione soggettiva sostanziale non incontrano un ostacolo insuperabile nell'art. 24 Cost. Come le altre garanzie costituzionali, l'art. 24 Cost. è esposto al bilanciamento con altri valori costituzionali. Invalicabile è solo il suo contenuto essenziale, che consiste nel dischiudere sempre la tutela giurisdizionale dei diritti attraverso un processo a cognizione piena. Ciò non esclude la possibilità di limitare l'oggetto del processo ad una questione comune ad una serie di cause, quando ciò sia lo strumento per conseguire economia processuale secondo il canone di proporzionalità. Quest'ultimo può essere ambientato nell'esperienza processuale italiana come un risvolto del valore costituzionale dell'efficienza nella disciplina del processo, che si deduce dall'affermazione della sua ragionevole durata (art. 111, comma 2, Cost.)». Per un'espressa previsione del principio di proporzionalità all'interno del processo, v. la CPR 1.1, *Overriding objective*, su cui, per approfondimenti, sia concesso il rinvio al nostro *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di case management*

Il comma 9, lett. a), prevede che il giudice, con l'ordinanza che ammette l'azione, «definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi».

Il comma 12, invece, prevede l'alternativa decisoria che si apre davanti al tribunale, che «se accoglie la domanda, [...] pronuncia una sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'art. 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme».

Potrebbe sembrare che il giudice, proposta la domanda, possa poi modellarla come più ritiene opportuno, imponendo al proponente e alla classe una tutela diversa rispetto a quella richiesta; tuttavia questa soluzione va scartata per diverse ragioni.

In primo luogo, è inconcepibile un giudizio di classe condotto dal proponente riguardo ad una tutela che non vuole. Si è visto, anzi, che la convinzione e la determinazione del proponente (c.d. *vigorosity*) nel voler condurre a favore della classe il giudizio costituisce uno dei requisiti essenziali che le corti statunitensi richiedono al fine di verificare la sussistenza dell'adeguata rappresentatività⁷.

In secondo luogo il problema ora indicato assume altri contorni riflettendo sul fatto che all'interno del giudizio di classe non vige un regime di preclusioni come quello che opera all'interno del processo ordinario di cognizione⁸ e la determinazione dell'oggetto del giudizio di classe avviene in sede di giudizio di

giudiziale, in *Davanti al giudice, Studi sul processo societario*, a cura di L. Lanfranchi e A. Carratta, Torino, 2005, p. 515 ss., spec. p. 541 ss. Per lo studio del principio di proporzionalità all'interno di una prospettiva di teoria generale del diritto, v. il recentissimo e prezioso saggio di COGNETTI, S., *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

⁷ Cfr. *retro*, cap. III, § 3.2.4.2.2.

⁸ Sul punto, v. BOVE, M., *La trattazione nel processo di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 83 ss.; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, p. 1413 ss., spec. p. 1432 ss.; per approfondimenti, v. la dottrina cit. *retro*, cap. III, nota 33.

ammissibilità nel contraddittorio tra le parti e sotto il controllo e la collaborazione del giudice.

Ovviamente il proponente nell'atto di citazione formulerà una domanda di tutela nei termini che crede più aderenti alle esigenze della classe e ciò proprio al fine di superare il vaglio di ammissibilità.

Potrà anche – ad esempio – formulare la domanda in termini condizionali, chiedendo al giudice la tutela dei consumatori ai sensi dell'art. 140-*bis* c. cons. per la condanna specifica del convenuto, oppure, qualora l'estensione del nesso di identità non sia tale da supportare una pronuncia di tal fatta, per il solo accertamento della responsabilità.

In ogni caso, giunti alla fase di ammissibilità, il giudice, nel contraddittorio con le parti ed esercitando i suoi poteri di controllo sull'azione, dovrà verificare se la domanda è ammissibile così come è formulata dal proponente ed eventualmente dovrà indicare alla parte le opportune modifiche che vanno apportate al fine di rendere la domanda conforme alle prescrizioni dell'art. 140-*bis* c. cons.

Spetterà poi al proponente aderire alle indicazioni del giudice, oppure manifestare la sua volontà di non portare avanti il giudizio su tali presupposti con conseguente ed immediata pronuncia di inammissibilità dell'azione, in quanto la domanda, per come è proposta, non può dar luogo al giudizio di classe⁹.

2.2. *Nei rapporti tra giudice e aderenti*

Costituirebbe un grave errore, peraltro, ritenere che il profilo problematico in questione si ponga solo in riferimento al proponente e non anche nei confronti degli aderenti.

Riguardo a questi ultimi, infatti, la garanzia costituzionale del diritto di azione, nonché i principi del giusto processo esclu-

⁹ In tal caso si pone il problema se sia possibile sostituire il proponente sin dall'udienza di ammissibilità. Ciò va ritenuto senz'altro possibile dopo l'ordinanza che ammette l'azione (cfr. *retro*, cap. III, § 3.4.3.), ma prima di tale vaglio sembra più difficile ritenere praticabile tale opzione.

dono che si possa dar luogo a modifiche riguardanti l'oggetto del giudizio senza dar loro la possibilità di tirarsi fuori dal processo.

Come già precedentemente indicato¹⁰, il consumatore appartenente alla classe, con l'esercizio del potere di adesione rinuncia alla sua azione individuale per potersi beneficiare degli effetti di accertamento previsti dal comma 14. Ciò significa che, sebbene l'aderente non possa esercitare nel giudizio i poteri processuali che gli spettano ordinariamente in un giudizio individuale, realizza con l'adesione un risultato assimilabile a quello che avrebbe ottenuto con l'esercizio del potere di azione individuale. Ciò è ben descritto dalla definizione dell'adesione come l'atto con il quale il consumatore *fa valere* il suo diritto *avvalendosi* della tutela già intrapresa. È su questo piano che si apprezza il rapporto di alternatività che sussiste tra la tutela giurisdizionale individuale e quella collettiva di classe previsto dal primo comma dell'art. 140-*bis* c. cons. secondo cui i «diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili *anche* attraverso l'azione di classe».

Con l'esercizio del potere di adesione si dispone quindi della tutela giuridica del proprio interesse sostanziale così come se ne dispone con l'esercizio dell'azione individuale.

La conseguenza che ineludibilmente discende da quanto appena osservato è costituita da un principio di necessaria corrispondenza tra domanda di classe e contenuto dell'atto di adesione.

Tale principio trova fondamento:

a) nelle norme costituzionali in punto di diritto di azione e giusto processo (artt. 24, comma 1 e 2, 111, comma 2, Cost.), letti ed interpretati anche alla luce dei principi fondamentali che appartengono al nostro ordinamento processuale (artt. 81, 99, 112 c.p.c., 2907 c.c.);

b) nel testo del nuovo art. 140-*bis* c. cons. ed in particolare al comma 6 poc'anzi citato, laddove è per l'appunto prevista la pubblicità dell'ordinanza nella quale sono definiti i caratteri dei

¹⁰ Cfr. *retro*, cap. II, § 2.5.4.

diritti individuali oggetto del giudizio ed criteri in base ai quali verrà condotta la verifica di appartenenza, nonché al comma 11 che attribuisce al giudice il potere di disporre ogni tipo di pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti.

La prima disposizione illumina l'esigenza di garanzia che è connessa alla pubblicizzazione dell'ordinanza di ammissione in ordine ad una consapevole adesione da parte dei consumatori, mentre la seconda indica che tale esigenza permane durante il corso del giudizio.

Sulla base del principio poc'anzi indicato:

a) il consumatore che, pur potendo appartenere alla classe, deposita in cancelleria un atto di adesione in cui si manifesta la volontà di ottenere effetti ulteriori o diversi rispetto a quelli descritti nell'ordinanza, va escluso dalla classe;

b) ogni qual volta, nel corso del processo, venga modificato l'oggetto del giudizio rispetto alla determinazione datane nell'ordinanza di ammissibilità cade il fondamento su cui riposano le singole adesioni ed è necessario fissare un nuovo termine per nuove adesioni.

Se così non fosse, si imporrebbe agli aderenti un regime ancor più gravoso di quello dell'*opt-out*, che il legislatore non ha voluto applicare al rimedio ritenendolo lesivo del diritto di azione e difesa costituzionalmente garantiti¹¹, infatti, il consumatore si troverebbe vincolato ad un giudizio, che non corrisponde a quello che ha scelto e che potrebbe non volere, senza possibilità di sottrarsi agli effetti che colpiscono la sua sfera giuridica tanto sul piano processuale e sostanziale.

Quanto appena indicato potrebbe accadere nel caso in cui, ad esempio, ammessa l'azione di classe per la condanna, si limiti successivamente il giudizio alla responsabilità; e dovrebbe valere anche nel caso opposto, ovvero quando si passi dall'accertamento della mera responsabilità alla condanna, sebbene pare meno probabile che tale ipotesi si realizzi in concreto.

Discorso diverso, invece, va fatto nel caso in cui il giudice ri-

¹¹ Cfr. *retro*, cap. I, nota 81.

tenga opportuno restringere o ampliare la classe in riferimento ai fatti posti a fondamento della domanda collettiva.

Nel caso in cui, emerga l'opportunità di ampliare la classe, la posizione di coloro che hanno già aderito rimane invariata, ma occorrerà in ogni caso pubblicizzare adeguatamente la nuova ordinanza per consentire le nuove adesioni.

Nell'altro caso, invece, ovvero nell'ipotesi in cui si restringa la classe, magari al fine di escludere taluni fatti rispetto ai quali la domanda collettiva non sarebbe ammissibile per carenza di identità dei diritti tutelati, i consumatori che hanno già aderito e che vedevano la loro pretesa fondarsi proprio sui fatti esclusi non subiranno gli effetti di accertamento previsti dal comma 14, ma tuttavia si vedono preclusa la possibilità di perseguire la tutela giurisdizionale sul piano individuale sino a quando il giudice del processo di classe non li svincoli formalmente dal giudizio per difetto di appartenenza alla classe. È opportuno, quindi, che il tribunale, qualora proceda nel senso appena indicato, fissi subito una udienza destinata ad escludere formalmente i consumatori che devono ritenersi non appartenenti sulla base della nuova definizione della classe e ciò allo scopo di consentire loro l'esercizio dell'azione individuale o eventualmente di una distinta e separata azione collettiva¹².

2.3. *Il potere di formazione delle sottoclassi*

Ancora in riferimento alla determinazione dell'oggetto ed al rapporto che a tal riguardo si viene a realizzare tra poteri delle parti e potere del giudice, una questione particolarmente importante è costituita dalla possibilità di formare sottoclassi.

Come visto precedentemente, questo potere di gestione della controversia è molto utile ed è assai diffuso negli ordinamenti stranieri in quanto costituisce un strumento assai prezioso per aumentare le possibilità di gestione collettiva della controversia¹³.

¹² Cfr. *infra*, § 4.

¹³ Cfr. *retro*, cap. IV, § 3.4.2.

Abbiamo visto sin dalle prime pagine di questo capitolo che il dato sistematico essenziale per comprendere il giudizio di classe è costituito dalla contrapposizione tra questioni comuni e questioni personali.

È opportuno, tuttavia, formulare una ulteriore distinzione, in quanto l'insieme delle questioni che compongono la controversia collettiva può essere in effetti composto da: *a)* questioni comuni a tutti; *b)* questioni propriamente personali; *c)* questioni comuni solamente ad alcuni appartenenti alla classe.

La percentuale di questa composizione può ovviamente variare da controversia a controversia, ma non è questo il punto. Il punto sta nel fatto che al ricorrere di un rapporto di comunanza non esteso a tutta la classe, ma solo a parte di essa, può essere opportuno che riguardo a tali specifiche questioni si dia luogo ad un trattamento collettivo delle medesime, anziché valutarle come se fossero questioni esclusivamente personali.

Lo strumento per realizzare il risultato ora indicato è, come detto, quello di determinare delle sottoclassi all'interno della classe madre riguardanti certe particolari questioni.

L'art. 140-*bis* c. cons. non prevede espressamente questo potere, ma, specie in talune ipotesi, non è difficile riconoscerlo sulla base della norma e dei principi¹⁴.

Ad esempio non pare sorgano ostacoli alla divisione della classe madre in due sotto-classi, quanto tale operazione non ab-

¹⁴ Ritengono ammissibili le sottoclassi, FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 523; GUERNELLI, M., *La nuova azione di classe: profili processuali*, cit., p. 926; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1458 ss.; SANTANGELI, F.-PARISI, P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, in AA.VV., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 191 ss., spec. p. 221; cfr. anche CONTE, G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in A.A.V.V., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 27 ss., spec. p. 60 e 101; e, dubitativamente, ALPA, G., *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato. Prime note*, ivi, p. 6-7.

bia influenza né sull'adeguata rappresentatività, né sul piano del conflitto di interessi.

Si pensi al caso in cui, in sede di valutazione dell'ammissibilità, rispetto ad un unico illecito plurioffensivo, sia dato individuare due distinte classi di diritti al risarcimento: una classe di diritti, che, per il loro grado di identità, può dar luogo alla liquidazione del danno cioè alla condanna del convenuto ed una seconda classe di diritti, che, al contrario, possono essere trattati in forma collettiva solo al fine di una eventuale dichiarazione di responsabilità, in quanto per la liquidazione occorre procedere ad una istruttoria differenziata delle questioni personali.

Di fronte a questa situazione le alternative astrattamente possibili sono due: o si ritiene che si debba dar luogo a due distinti giudizi di classe, o si ammette un unico giudizio di classe all'interno del quale la sottoclasse A agisce per la condanna e la sottoclasse B agisce per la dichiarazione di responsabilità.

Sia nel primo caso che nel secondo spetterà all'ordinanza di ammissibilità ai sensi del comma 9, lett. a), definire «i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione».

È evidente che la prima opzione è quella che garantisce il miglior raggiungimento delle finalità della tutela collettiva e non trova ostacoli interpretativi significativi nell'art. 140-*bis* c. cons., infatti, si massimizza l'effettività della tutela giurisdizionale e l'economia processuale senza pregiudizio del diritto di difesa del convenuto o degli aderenti.

Ciò è determinato da due condizioni: in primo luogo le questioni appartenenti alla sottoclasse A comprendono le questioni appartenenti alla sottoclasse B, sicché, se si nomina come l'attore collettivo un consumatore della sottoclasse A, questi è adeguatamente rappresentativo e in assenza di conflitto di interessi anche nei confronti della sottoclasse B; in secondo luogo sulla base delle questioni appartenenti a ciascuna classe è possibile dar luogo ad una delle pronunce indicate dalla legge come possibili, ovvero i diritti che appartengono alle due sottoclassi hanno un

grado di identità che è sempre quello minimo richiesto dalla legge.

Il discorso diviene più delicato nel caso in cui la presenza di due o più sottoclassi faccia venir meno le condizioni di svolgimento del giudizio in forma rappresentativa.

La conformità del giudizio di classe ai canoni del giusto processo riposa sulla seguente circostanza: nel processo vengono accertate le questioni comuni a tutti i consumatori, sicché, tra tutti, se ne sceglie uno capace di curare gli interessi del gruppo.

Se si formano delle sottoclassi in relazione ad una o più questioni che sono aliene rispetto all'attore collettivo viene a mancare il presupposto base appena ricordato e la rappresentatività del proponente va – *in parte qua* – in crisi.

Per questa ragione, negli ordinamenti stranieri fedeli al modello della *class action*, alla determinazione della sottoclasse segue sempre la nomina di un rappresentante specifico della medesima¹⁵.

Ciò detto, anche in riferimento al processo collettivo *ex art. 140-bis c. cons.*, o si ritiene che il giudice abbia adeguati poteri da spendere per neutralizzare tale inconveniente, o si è costretti a negare la possibilità di creare sottoclassi.

Il correttivo dovrebbe ovviamente essere la nomina di un consumatore aderente in qualità di rappresentante della sottoclasse mediante l'esercizio dei poteri di controllo dell'azione in applicazione analogica degli artt. 78 ss. c.p.c.¹⁶

In ogni caso, nel silenzio della legge, si potrebbe anche plausibilmente ritenere che il problema non si ponga qualora l'azione sia stata proposta da una delle associazioni rappresentative a livello nazionale. Si è visto, infatti, che in questo caso la verifica dell'adeguata rappresentatività e del conflitto di interessi si orienta verso la posizione dell'ente esponenziale; va peraltro os-

¹⁵ Cfr. KLONOFF, R.H., *Class actions and Other Multi-Party Litigation*, St. Paul (Minn), 2007, p. 37 ss.; MULHERON, R., *The Class action in Common Law Legal System, A Comparative Perspective*, Oxford, 2004, p. 184 ss.

¹⁶ Come suggerito anche da MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1461. Cfr. *retro*, cap. II, § 2.5.2. e cap. III, § 3.4.3.

servato che il proponente in questo caso non sarebbe sotto ogni profilo «appartenente» alla classe.

Tuttavia va evidenziato che negare la creazione di sottoclassi porta con sé la possibilità di dar luogo a due diversi giudizi di classe anche, ad esempio, in ragione di un unico illecito plurioffensivo.

Avremo, così, diverse azioni di classe, che, come due o più cause individuali, sono connesse per il titolo o in via oggettiva impropria, con la possibilità di applicare direttamente l'art. 103 c.p.c. o l'art. 274 c.p.c. al fine di trattare le due cause collettive all'interno di un unico giudizio.

3. *I limiti oggettivi e soggettivi dell'efficacia di accertamento*

Come detto in premessa, gli effetti di accertamento del giudizio di classe coinvolgono la parte imprenditoriale convenuta e la classe con esclusione dei consumatori non aderenti con modalità simili, ma non identiche, a quanto accadrebbe al termine di un giudizio individuale.

Occorre, infatti, tener presente che il giudizio è direttamente rivolto a verificare la fondatezza della domanda di classe e non di tante domande individuali con le quali ciascun aderente fa valere in giudizio il proprio diritto.

Nel giudizio di classe si realizza un particolare processo di astrazione che trova la propria giustificazione nel rapporto di comunanza; la sussistenza di tale rapporto autorizza l'accertamento del segmento comune alle diverse fattispecie e successivamente l'estensione degli effetti del giudizio in capo agli appartenenti alla classe.

Si verifica un singolare andamento del giudizio che procede attraverso tre fasi.

Una prima fase costituita dal vaglio di ammissibilità e disciplinata in particolare dal comma 6; fase in cui viene svolto un sindacato *in rito*, teso a verificare la sussistenza delle condizioni, ed in particolare dell'identità, che giustificano la trattazione e la decisione in forma rappresentativa.

Una seconda fase volta alla cognizione *nel merito* della controversia, in cui è svolta la trattazione e l'istruzione necessaria all'accertamento del modo di essere delle diverse questioni comuni.

Una terza ed ultima fase, nuovamente condotta *in rito*, che è volta a verificare l'appartenenza alla classe degli aderenti, ovvero a ricondurre l'accertamento comune ai singoli aderenti secondo quanto previsto dal comma 14, stando al quale «la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti».

C'è un singolare andamento della cognizione che va dalla dimensione individuale a quella collettiva di classe e poi da quella collettiva di classe nuovamente a quella individuale.

Ciò detto, al fine di verificare i limiti entro cui si produce il vincolo discendente dal giudicato di classe occorre esaminare il diverso contenuto di accertamento che può appartenere alla sentenza che chiude il giudizio.

3.1. *La condanna del convenuto al pagamento delle somme*

Come già indicato nel precedente capitolo, la tutela apprestata mediante il processo di classe si può articolare lungo due diverse direttrici¹⁷.

In primo luogo il tribunale, stando alla lettera del comma 12, nel caso in cui le differenze sussistenti tra l'ammontare delle diverse somme spettanti a ciascun consumatore possano essere superate mediante una liquidazione equitativa, condanna in forma specifica il convenuto al pagamento delle somme.

Il richiamo dell'art. 1226 c.c. ha, come visto, due funzioni: quella di semplificare la determinazione del *quantum* e quella, strettamente connessa, di escludere l'ingresso delle questioni personali all'interno del giudizio di classe.

Vista la normale applicabilità dell'art. 1226 c.c. in materia di obbligazioni pecuniarie, va con cautela colta la funzione della norma all'interno della dinamica del giudizio di classe; occorre ovvero comprendere che l'alto grado di difficoltà nel provare

¹⁷ Cfr. *infra*, nota 29.

con esattezza l'entità del danno va intesa non solo e non tanto su base individuale, ma anche su base collettiva¹⁸.

Ciò significa che la liquidazione equitativa potrà aver luogo in due casi:

a) nel caso in cui tale criterio avrebbe comunque ricevuto applicazione all'interno di un giudizio individuale;

b) nel caso in cui una liquidazione forfettaria del *quantum* spettante a ciascun consumatore sia un risultato maggiormente efficiente rispetto ad una pronuncia dichiarativa della responsabilità con rinvio della liquidazione ad un successivo ed eventuale giudizio individuale.

In questa seconda ipotesi varranno quali criteri di orientamento nell'esercizio dei poteri di valutazione equitativa del *quantum debeatur* le finalità dell'azione collettiva, ovvero in primo luogo il principio di effettività della tutela giurisdizionale, nonché i principi del giusto processo anche nella prospettiva della ragionevole durata e delle esigenze deflattive ricollegate all'azione di classe.

Si pensi al caso dei correntisti pregiudicati dalla recente cessione di sportelli da parte di un noto istituto bancario¹⁹; in questo caso è evidente l'utilità di poter agire in forma collettiva per ottenere una liquidazione standardizzata del danno, lasciando di contro liberi i consumatori che in ipotesi ritengono di poter vantare un diritto al risarcimento per un ammontare maggiore di agire in via individuale piuttosto che aderire al giudizio di classe.

Va inoltre aggiunto che in questo ambito potrebbe trovare proficua applicazione quanto previsto dal comma 11 dell'arti-

¹⁸ Cfr. CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1304; CONTE, G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 106; FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 527 s.; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1479 ss.; SANTANGELI, F.-PARISI, P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, cit., p. 257 ss.

¹⁹ Cfr. *L'odissea dei correntisti «venduti» insieme agli sportelli*, in *Corriere della sera*, 20 maggio 2011.

colo nella parte in cui è attribuito al tribunale il potere di «prescrivere le misure atte ad evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti»²⁰.

Disposizione, l'ultima appena richiamata, che potrebbe operare congiuntamente al potere di liquidazione equitativa attribuito al giudice.

In presenza, infatti, di un alto grado di serialità, dopo aver accertato la sussistenza del diritto in tutte le sue componenti, residuando la mera ed esclusiva liquidazione, si potrà accertare, anche mediante verifiche a campione, il danno subito mediamente a titolo individuale per poi estendere in via di liquidazione equitativa il risultato ottenuto a tutti gli aderenti²¹.

Va comunque osservato che, seguendo un consolidato orientamento della Cassazione, il giudice del merito dovrà indicare i criteri utilizzati per operare la liquidazione del *quantum* in via equitativa, pena il rischio di censure anche in sede di legittimità²².

²⁰ Cfr. *retro*, cap. IV, § 3.3.

²¹ Per simili conclusioni, v. FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 527 s., secondo cui «la liquidazione equitativa pare quindi il criterio al quale i tribunali potranno di regola ricorrere in tutte quelle situazioni nelle quali la determinazione del *quantum* sia possibile su scala collettiva solo ricorrendo ai principi di regolarità statistica e dell'*id quod plerumque accidit*»; cfr. anche RORDORF, R., *L'azione di classe nel novellato art. 140-bis cod. consumo: considerazioni (e qualche interrogativo)*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 183 ss., spec. p. 188, secondo cui l'ordinaria applicabilità dell'art. 1226 c.c. non poteva in ogni caso essere messa in dubbio anche in assenza dell'espresso richiamo operato dal comma 12 dell'art. 140-*bis* c. cons. Il significato della norma sarebbe, quindi, quello di sollevare l'attore dall'allegazione e dalla prova delle minute circostanze dalle quali dipende la quantificazione del danno. Si potrebbe, dunque, configurare – stando a questa lettura – un caso di risarcimento del danno a titolo punitivo; soluzione interpretativa confermata in via sistematica dalle disposizioni contenute all'art. 96, comma 1, c.p.c. e 187-*undecies* t.u.f.

²² In giurisprudenza, v. Cass., 29 luglio 2005, n. 16094; Cass., 20 febbraio 2004, n. 3399; Cass., 9 maggio 2001, n. 6426; Cass., 25 settembre 1998, n. 9588; Cass., 3 luglio 1996, n. 6082, secondo cui «nella liquidazione equitativa del danno, per evitare che la relativa decisione – ancorché fondata su valutazioni discrezionali – sia arbitraria e sottratta a qualsiasi controllo, è necessario che il giudice indichi, almeno sommariamente e sia pure con l'elasticità propria dell'istituto e nell'ambito dell'ampio potere discrezionale che lo caratterizza, i criteri che egli ha seguito per determinare l'entità del danno»; cfr. anche Cass., 4 settembre 2009, n. 19227; Cass., 8 novembre 2007, n.

Riprendendo le osservazioni svolte in precedenza²³, va inoltre aggiunto che alla condanna del convenuto si potrà pervenire anche nel caso in cui la determinazione della somma dovuta costituisca un'operazione meramente liquidatoria fondata su base documentale ed in assenza di effettive contestazioni del convenuto sui dati da prendere in considerazione.

In questa ipotesi, infatti, l'attività giudiziale potrebbe intendersi addirittura a carattere quasi liquidativo-amministrativo e non propriamente decisorio²⁴.

Considerazione quest'ultima, che pare avvalorata dalla giurisprudenza – sulla quale tra breve ci soffermeremo²⁵ – secondo cui i provvedimenti di condanna nei quali non è esattamente indicata la somma dovuta, ma che riportano i dati dai quali, con un semplice calcolo matematico, è possibile determinare l'esatto ammontare del credito, soddisfano il requisito di liquidità richiesto dall'art. 474, comma 1, c.p.c. e non abbisognano di un ulteriore intervento giurisdizionale cognitivo per poter poi accedere all'esecuzione forzata.

Autorevole dottrina²⁶, prendendo per l'appunto le mosse

23304, che hanno precisato, nella diversa prospettiva del controllo, che «il principio dell'insindacabilità della liquidazione equitativa del danno in sede di giudizio di legittimità non trova applicazione nel caso in cui nella sentenza di merito non sia stato dato conto del criterio utilizzato, la relativa valutazione risulti incongrua rispetto al caso concreto e la determinazione del danno sia palesemente sproporzionata per difetto o per eccesso». In questo senso, anche SANTANGELI, F.-PARISI, P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, cit., p. 264.

²³ Cfr. *retro*, cap. IV, § 3.4.3.

²⁴ Come indicato dalla dottrina in riferimento al procedimento di liquidazione degli onorari degli avvocati previsto dagli artt. 28-30 della l. n. 794/42: cfr. ANDRIOLI, V., *Sugli artt. 28 e 30 della legge 13 giugno 1942 sugli onorari dei professionisti forensi*, in *Foro it.*, 1942, I, p. 293 ss.; GARBAGNATI, E., *Procedimento sommario di opposizione a decreto d'ingiunzione*, in *Riv. div. proc.*, 1968, p. 197 ss.; LANFRANCHI, L., *Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari e Il ricorso straordinario inesistente e il processo dovuto ai diritti*, entrambi in *La roccia non incrinata*, Torino, 2005, rispettivamente p. 54 ss. e p. 342 ss.

²⁵ V. *infra*, § 3.2.2.

²⁶ Cfr. PUNZI, C., *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 263 s.

dalla giurisprudenza in materia di liquidità «ricavata», ha ritenuto opportuno che in tale ipotesi, ovvero quando il credito possa essere quantificato immediatamente mediante un mero calcolo matematico sulla base di dati documentali, la liquidazione debba avvenire nei giudizi di completamento eventualmente introdotti nelle forme sommarie del decreto ingiuntivo.

Tuttavia, come meglio vedremo tra breve, tutto dipende dalla presenza o meno di questioni bisognose di accertamento individualizzato²⁷.

Se non sussistono vere e proprie questioni differenziate e la determinazione del *quantum* consegue all'applicazione di un mero calcolo matematico sulla base di risultanze documentali, in linea di principio, ovvero alla luce delle considerazioni di ordine costituzionale poc'anzi svolte, è opportuno che il giudice provveda egli stesso alla liquidazione.

Tra breve il discorso sarà ulteriormente approfondito riflettendo sulla pronuncia dichiarativa di responsabilità, ma sin d'ora è possibile sintetizzare il quadro delle possibili pronunce nei termini seguenti.

Ai sensi del comma 12 il giudice pronuncia condanna al pagamento delle somme quando:

- a) è possibile liquidare in via equitativa il danno;
- b) è possibile liquidare in sentenza la somma dovuta sulla base di risultanze documentali;
- c) è possibile liquidare la somma in via indiretta, ovvero quando la determinazione della somma deriva da un mero calcolo matematico operato sulla base di elementi comunque già accertati in sentenza²⁸.

Se quanto ora indicato non è possibile, il giudice, come meglio vedremo tra breve, dovrà dichiarare la responsabilità dell'impresa convenuta e la liquidazione delle somme si otterrà nei giudizi individuali di completamento.

²⁷ Sulla liquidità c.d. «ricavata», v. *infra*, § 3.2.2.; per il rapporto tra questa questione e le forme del giudizio di completamento, v. invece, *infra*, § 3.4.

²⁸ Cfr. *infra*, § 3.2.2.

3.2. *L'accertamento della responsabilità*

3.2.1. *Considerazioni introduttive*

Come già indicato poc'anzi, nel caso in cui non sia possibile condannare il convenuto al risarcimento del danno o alle restituzioni, il comma 12 prevede in alternativa una sentenza in cui il giudice stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione delle somme.

Questa disposizione, come visto, va coordinata con il primo comma dell'articolo nel quale è meglio chiarito quale sia l'alternativa decisoria rispetto alla condanna, ovvero una sentenza di accertamento della responsabilità.

Questo risultato interpretativo è stato già indicato come plausibile nel precedente capitolo in funzione della determinazione della natura dei diritti tutelabili attraverso l'azione di classe. Ora occorre cambiare angolo visuale, guardando il problema da un diverso punto di vista: quello della tipologia delle pronunce decisorie ottenibili in sede di giudizio collettivo.

A tal proposito occorre chiedersi:

a) se in generale sia ammissibile una sentenza dichiarativa della responsabilità anziché solo una pronuncia di condanna;

b) quale sia l'esatta natura di questa sentenza;

c) se sia possibile introdurre il giudizio sin dall'inizio al solo scopo di ottenere solamente la dichiarazione di responsabilità oppure se tale pronuncia costituisca una soluzione di ripiego a fronte di mancate adesioni;

c) quali siano con esattezza le questioni che devono essere accertate per dichiarare la responsabilità del convenuto.

3.2.2. *La sua astratta ammissibilità*

La prima questione da esaminare è, dunque, l'astratta ammissibilità di questo tipo di pronuncia, lasciando per il momento da parte gli ulteriori profili.

A tal riguardo, sebbene gran parte della dottrina, nonché anche parte della giurisprudenza si siano espresse in senso favo-

revole²⁹, secondo un altro orientamento l'art. 140-*bis* c. cons. avrebbe un contenuto decisorio tipico limitato alla sola condanna della parte convenuta³⁰.

²⁹ Cfr. CAPONI, R., *La riforma della «class action», Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, in *www.judicium.it*, § 6; ID., *Il nuovo volto della class action*, cit., p. 384, 387; COSTANTINO, G., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, in *Diritto econ. ass.*, 2010, p. 1130 ss., spec. p. 1134 ss.; DE CRISTOFARO, M., *L'azione collettiva*, cit., p. 1934 ss.; FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 520; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1487 ss.; PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 251 ss., spec. p. 254 ss.; PUNZI, C., *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 263 s.; in questo senso sembra orientato anche CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1304; e MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1417 ss., secondo cui «il legislatore ha stabilito che possa essere emessa una sentenza, che si limiti ad accertare la responsabilità del convenuto e a determinare il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione dei singoli crediti, la quale è demandata a separati e successivi processi individuali»; tuttavia – osserva condivisibilmente l'autorevole dottrina citata – è da escludere l'ammissibilità di una domanda volta alla mera dichiarazione di responsabilità, senza che vengano fatti valere in giudizio i diritti individuali dei consumatori lesi dalla condotta, in quanto a tal scopo l'ordinamento già prevede l'azione inibitoria ex art. 139 e 140 c. cons.»; in questo senso, sebbene in posizione critica rispetto alla norma, v. anche TARUFFO, M., *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 103 ss., spec. p. 121; TAVORMINA, V., *La nuova class action*, cit., p. 248; ZUFFI, B., *La duplice débacle subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di relcamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio per il diniego dell'accesso agli atti della Banca d'Italia*, in *Giut. it.*, 2010, p. 2612 ss., spec. p. 2617; ID., *La corte d'appello di Torino riconosce all'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. esclusiva funzione condannatoria, respingendo i dubbi di costituzionalità avanzati in merito al c.d. filtro*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 525 ss., spec. p. 527 ss., che, da un lato, giustamente nega la natura meramente dichiarativa dell'azione e, dall'altro, afferma che, se non è possibile la liquidazione, il tribunale pronuncia una condanna generica implementata del parametro di liquidazione; posizione particolare al riguardo è assunta da GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 609, che ritiene possibile tale decisione solo in presenza di un accordo tra attore e convenuto; esame a parte va poi riservato alla ricostruzione avanzata da Bove, su cui v. *infra*, § 3.2.4.; in giurisprudenza la tesi favorevole all'ammissibilità della sentenza dichiarativa della responsabilità ha trovato riscontro in T. Roma, 25 marzo 2011, in *Foro it.*, 2011, fasc. 4, *Anticipazioni e novità*, p. 20 ss.

Più in particolare, alcune pronunce giurisprudenziali hanno proposto tale soluzione sulla base dei seguenti argomenti³¹:

a) la congiunzione «e», che nel primo comma dell'articolo lega «l'accertamento della responsabilità» assieme alla «condanna al risarcimento del danno», dimostra che non sussiste una vera e propria alternativa decisoria ed al contrario l'accertamento della responsabilità costituisce «un semplice presupposto logico-giuridico» della condanna;

b) il comma 12 contempla una pronuncia di condanna sia nel caso in cui il giudice liquida *ex art. 1226 c.c.* le somme dovute, sia nell'altro in cui stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per tale liquidazione;

c) ancora il comma 12 prevede la provvisoria esecutività della sentenza;

d) il comma 13 prevede la sospensione dell'efficacia esecutiva *ex art. 283 c.p.c.*;

e) la tutela risarcitoria condannatoria è pienamente compatibile con la natura dei diritti tutelati;

f) il coordinato disposto del comma 3 e del comma 14, nel prevedere, tanto sul piano individuale, quanto su quello collettivo, gli effetti preclusivi che discendono dalla proposizione della

³⁰ Cfr. CONTE, G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in A.A.V.V., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 27 ss., spec. p. 65; DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 164-165, che però non esclude del tutto che la pronuncia meramente determinativa dei criteri di liquidazione possa essere accostata ad una condanna generica (p. 283 ss.); RORDORF, R., *L'azione di classe nel novellato art. 140-bis cod. consumo: considerazioni (e qualche interrogativo)*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 183 ss., spec. p. 185; SANTANGELI, F.-PARISI, P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, cit., p. 257 ss.; SANTANGELI, F., *Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento con gli strumenti di tutela collettiva*, in *www.judicum.it*, p. 13.

³¹ Riguardo agli argomenti indicati *sub a)-g)*, v., in particolare, App. Torino, 27 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, I, p. 3530 ss., con nota di A.D. De Santis; in *Guida dir.*, 2010, fasc. 47, p. 60, con nota di A. Giussani; cfr. anche T. Roma, 11 aprile 2011, riguardo all'argomento indicato *sub b)*, a cui va aggiunto quello indicato di seguito nel testo e nella nota seguente ed esaminato criticamente nel paragrafo successivo.

domanda di classe, chiarisce che l'adesione è volta al ristoro dei danni subiti, poiché, se così non fosse, i consumatori aderenti si dovrebbero accontentare di una pronuncia di mero accertamento anziché ottenere le somme dovute;

g) sono da considerarsi inopportune interpretazioni «in palese contrasto con il disposto dell'art. 12 disp. prel. c.c.» e come tali «arbitrarie», ancor più considerando la condivisibile cautela con la quale il legislatore ha introdotto il nuovo rimedio processuale.

A queste argomentazioni va poi aggiunta l'altra, d'intonazione maggiormente dogmatica, relativa all'ammissibilità di una pronuncia di accertamento di mere questioni giuridiche e non anche di diritti soggettivi³²; argomentazione emersa in dottrina anche in riferimento alla precedente formulazione del rimedio e che in un certo senso risuona nella motivazione della pronuncia appena richiamata nella parte in cui i giudici si soffermano sull'interesse ad agire in mero accertamento.

Lasciando l'esame di quest'ultimo profilo problematico al prosieguo, veniamo subito all'esame degli altri argomenti.

Per quel che riguarda la disciplina dell'esecutorietà della sentenza e delle problematiche connesse, è piuttosto evidente che questa si riferisce all'ipotesi in cui il giudice abbia condannato il convenuto, ma come ciò non esclude che il giudice possa rigettare la domanda del proponente, rendendo inapplicabili le

³² L'argomento riecheggia nella motivazione di T. Roma, 11 aprile 2011, cit., secondo cui «l'azione di classe non ha ad oggetto l'interesse collettivo dei consumatori, ma i diritti individuali di costoro al risarcimento dei danni e alle restituzioni, così come chiaramente espresso dal comma 12 della disposizione in esame». Si tenga presente, inoltre, la parte in cui si osserva quanto segue: «proprio la previsione dell'inammissibilità della domanda nel caso di insussistenza dell'interesse collettivo dimostra come non basti l'allegazione del danno, anche risarcibile in capo ad uno o più consumatori perché possa essere proposta una azione collettiva, ma è necessaria la sussistenza di quel *quid pluris* rappresentato giustappunto dall'interesse generale di categoria o di gruppo»; affermazione, quest'ultima riportata che pare in perfetta contraddizione con quella precedente. Per talune precisazioni terminologiche e concettuali sulle nozioni di interesse collettivo, di categoria o di gruppo, v. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., in particolare p. 255 ss.

relative disposizioni, parimenti non esclude la possibilità di pronunciare una sentenza che non abbia efficacia esecutiva.

In altri termini, la legge prevede la possibilità di condannare il convenuto e, qualora ciò accada, prevede altre disposizioni che si preoccupano di disciplinare tale evenienza.

Gli argomenti *sub e)* e *sub f)* sono parimenti privi di efficacia dimostrativa.

Il regime preclusivo che per il legislatore accompagna la proposizione della domanda di classe non dice nulla sulla natura della sentenza che può essere resa in caso di accoglimento della domanda.

Il ritenere ammissibile una sentenza meramente dichiarativa non conduce all'irragionevole risultato di privare il consumatore aderente della possibilità di coltivare un giudizio individuale al fine ottenere una tutela condannatoria definitiva. Se così fosse, la norma sarebbe incostituzionale e, verosimilmente, nessun consumatore sarebbe incentivato ad aderire.

Al contrario, il ritenere ammissibile una sentenza meramente dichiarativa della responsabilità postula successivi ed eventuali giudizi di completamento.

Si può discutere se questa tecnica di frazionamento della vicenda giurisdizionale sia opportuna in astratto o se sia utile in concreto per realizzare le finalità dell'azione di classe, ma né il primo né il secondo profilo riguardano la corretta interpretazione dell'art. 140-*bis* c. cons. in riferimento allo specifico interrogativo al centro delle nostre attenzioni.

In realtà tutti gli argomenti sinora esaminati hanno unicamente una funzione integrativa di un apparato argomentativo la cui solidità, a ben vedere, riposa tutta sulla corretta interpretazione letterale e sistematica dei commi 1 e 12 del nuovo art. 140-*bis* c. cons.

Il primo comma dell'articolo testualmente recita: «ciascun componente della classe [...] può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni».

Sul piano letterale la locuzione impiegata è compatibile con due diversi significati.

Il primo è il seguente: la domanda di classe conduce ad un provvedimento di merito contenente l'accertamento della responsabilità nonché anche la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.

Tuttavia, la norma, nel prevedere che il proponente «può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni», non esclude che il suo significato sia quello di riconoscere al proponente due diverse possibilità: agire per l'accertamento o agire per la condanna³³.

Ancor più esplicitamente: «ciascun componente della classe [...] può agire [tanto] per l'accertamento della responsabilità [quanto] per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni».

Questa seconda lettura, non solo non appare «in palese contrasto con il disposto dell'art. 12 disp. prel. c.c.», ma, spostandoci sul piano tecnico-giuridico, è anche maggiormente corretta³⁴.

Se il legislatore avesse voluto disciplinare un procedimento dal contenuto tipico e limitato alla condanna, avrebbe dovuto prevedere solamente che «ciascun componente della classe [...] può agire per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni».

In questa prospettiva, infatti, il riferimento all'accertamento della responsabilità appare sovrabbondante.

³³ Osserva puntualmente CAPONI, R., *La riforma della «class action», Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, cit., § 6, che «l'art. 140-bis, comma 1, profila distintamente l'azione per l'accertamento della responsabilità, rispetto all'azione di condanna (che le due ipotesi siano congiunte attraverso una 'e' e non disgiunte attraverso una 'o' significa poco)».

³⁴ Per T. Roma, 25 marzo 2011, cit. «ritenere che le domande risarcitorie (in quanto strettamente legate alla posizione individuale del singolo soggetto e spesso necessitanti una specifica istruttoria calibrata su tale posizione) non possano essere proposte nelle forme della *class action* significherebbe operare una *interpretatio abrogans* dell'art. 140-bis del Codice del consumo che al suo primo comma stabilisce la possibilità di agire "per l'accertamento e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni"».

Venendo al comma 12 questo prevede che: «se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme».

Sempre sul piano letterale, dunque, l'alternativa è tra una decisione in cui il tribunale «liquida ... le somme definitive dovute» e l'altra in cui, più limitatamente, «stabilisce il criterio omogeneo di calcolo *per* la liquidazione di dette somme»³⁵; così come nella precedente formulazione il giudice determinava i criteri *in base ai quali* liquidare.

In riferimento alla seconda ipotesi decisoria, dunque, il legislatore impiega il termine «condanna» con lo stesso significato che gli viene attribuito negli artt. 2818 c.c. e 278, comma primo, c.p.c., ovvero riguardo a somme da liquidarsi successivamente.

Manca, insomma, il requisito di liquidità che deve appartenere alla pronuncia per essere, tra l'altro, qualificata come titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474, comma 1, c.p.c.³⁶

Nemmeno è possibile ritenere che questa seconda opzione decisoria possa essere ricondotta a quei casi in cui il requisito di liquidità viene inteso in senso ampio³⁷, ovvero ai quei casi in cui

³⁵ È interessante notare che, nel negare l'ammissibilità di pronunce meramente declaratorie della responsabilità, il T. Roma, 11 aprile 2011, si riferisca solo alla prima parte del comma 12 e non alla seconda riportata nel testo.

³⁶ Lo rileva con nettezza COSTANTINO, G., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 1138.

³⁷ Così, SANTANGELI, F.-PARISI, P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, cit., p. 259, secondo cui la sentenza d'accoglimento da parte del giudice è in ogni caso una sentenza di condanna; anche nel caso in cui siano fissati i criteri omogenei di calcolo. E ciò in quanto «con la sentenza che fissa i criteri per la liquidazione del danno, il giudice ha, infatti, già accertato l'esistenza del danno causalmente legato alla condotta del convenuto (certezza del credito), non subordinando ad alcuna condizione o termine il credito (esigibilità), non determinando individualmente il danno subito solo per ragioni di funzionalità della tutela collettiva. La quantificazione del danno non verrà dunque

la somma non è esattamente determinata, ma è il frutto di un calcolo matematico operato sulla base di risultanze documentali determinate.

Ci riferiamo all'orientamento giurisprudenziale, sorto in riferimento al decreto ingiuntivo per consentire il ricorso alle vie monitorie anche quando la somma di denaro non risultava esattamente indicata nel suo preciso ammontare e poi successivamente sviluppatosi in materia di controversie di lavoro³⁸.

Più in particolare, in questo secondo ambito, la giurisprudenza anche recente ha affermato che «la sentenza di condanna del datore di lavoro al pagamento di quanto dovuto al lavoratore a seguito del riconoscimento dell'illegittimità di un licenziamento costituisce valido titolo esecutivo che non abbisogna di ulteriori interventi del giudice diretti all'esatta quantificazione del credito» nel caso in cui sulla base di «elementi certi e positivi contenuti nel titolo» sia possibile determinare la somma dovuta mediante semplici «operazioni aritmetiche»³⁹; orientamento che nei suoi accenti più estremi e liberati – di recente giustamente posti in dubbio dalla stessa Cassazione⁴⁰ – arriva a ritenere che gli «elementi certi e positivi contenuti nel titolo» sarebbero anche quelli «pur non menzionati in sentenza», ma comunque «assunti dal giudice come certi ed oggettivamente già determinati, anche nel loro assetto quantitativo, perché così presupposti dalle parti e non controversi, e pertanto già acquisiti al processo, sia pure per implicito»⁴¹.

necessariamente affidata ad una fase successiva, ma potrà calcolarsi attraverso, ad esempio, l'applicazione di criteri matematici»; cfr. anche FRIGNANI, A., *L'azione di classe italiana. Luci e ombre*, in *Diritto econ. ass.*, 2010, p. 1111 ss., spec. p. 1118.

³⁸ Per l'applicazione in sede monitoria, v. ASPREA, S., *Il decreto ingiuntivo e la svalutazione*, in *Procedimenti sommari non cautelari*, I, *Il procedimento monitorio, Il procedimento per convalida si sfratto*, Torino, 2007, p. 197 ss., spec. 198; CATALDI, M., *Il procedimento monitorio*, in AA.VV., *Il procedimento d'ingiunzione*, opera diretta da B. Capponi, Bologna, 2009, p. 86 ss., spec. nota 29.

³⁹ Cfr. le due note che seguono.

⁴⁰ Cfr. da ultimo Cass., 5 febbraio 2011, n. 2816; ma cfr. anche Cass., 28 aprile 2010, n. 10164; Cass., 23 aprile 2009, n. 9693; Cass., 21 novembre 2006, n. 24649.

⁴¹ Così, Cass., 19 gennaio 1999, n. 478. Più di recente, v. Cass., 11 gennaio 2006, n. 234; Cass. 29 novembre 2004, n. 22427; Cass., 11 giugno 1990, n. 5656;

Indipendentemente dalla correttezza di questo orientamento, infatti, il suo richiamo in questa sede, ovvero al fine di valutare se la seconda opzione decisoria contemplata dal comma 12 dell'art. 140-*bis* c. cons. debba essere anch'essa qualificata in termini condanna, non solo non appare pertinente, ma, come meglio vedremo, dimostra l'esatto contrario.

In primo luogo occorre rilevare che i problemi risolti dalla giurisprudenza con l'elaborazione di questo ampio concetto di liquidità sono esattamente antitetici rispetto a quelli che devono essere affrontati nel giudizio di classe.

Come detto, i principi poc'anzi ricordati hanno ricevuto sviluppo in riferimento alle cause di lavoro e più precisamente in riferimento a fattispecie in cui: *a*) il giudice del lavoro, dopo aver annullato il licenziamento ed ordinata la reintegrazione, non aveva anche provveduto alla condanna al pagamento della retribuzione con espressa determinazione della somma complessivamente dovuta dal datore; *b*) una volta giunti al momento di dover mettere in esecuzione il provvedimento, non era agevole comprendere se esso dovesse essere qualificato come titolo esecutivo o se, al contrario, fosse necessaria una ulteriore attività cognitiva – eventualmente nelle forme del procedimento monitorio – finalizzata all'esatta determinazione della somma.

La soluzione adottata dalla giurisprudenza è stata quella di ritenere liquida non solo la somma esattamente determinata, ma anche quella la cui liquidazione sia il risultato di un mero calcolo matematico operato sulla base di elementi già accertati dal giudice ed in quanto tali risultanti dal titolo: e ciò o in via esplicita o, semmai, anche in via implicita⁴².

Cass., 2 luglio 1981, n. 4315. Stesso principio è desumibile da Cass., 15 marzo 2006, n. 5683.

⁴² In altri termini le diverse questioni di fatto rilevanti ai fini della liquidazione sono già state accertate esplicitamente o implicitamente dalla sentenza e per sapere qual è la somma dovuta occorre solo – ad esempio – moltiplicare la somma dovuta a titolo di retribuzione per il numero delle mensilità, tenendo conto dell'evoluzione della retribuzione discendente dagli accordi collettivi, dello scatto di contingenza, di quello di anzianità, ecc.

Più chiaramente il problema era evitare un ulteriore giudizio di merito in tutti i suoi diversi gradi che avesse il solo scopo di operare un mero calcolo matematico.

Se allora si guarda il comma 12 dell'art. 140-*bis* c. cons. da questo punto di vista, ci si accorge piuttosto agevolmente che i problemi che occorre affrontare nel giudizio di classe sono di tutt'altra natura rispetto a quelli appena indicati.

Il punto di vista adottato dal legislatore nella formulazione del comma 12 non è infatti quello dell'interpretazione e della qualificazione della sentenza come titolo esecutivo, ma quello della disciplina dei poteri-doveri decisori del giudice.

L'obiettivo non è quello di sollevare il collegio dal compiere un mero calcolo matematico, rimettendo tale attività all'ufficiale giudiziario, ma di evitare che nel giudizio di classe si debba procedere all'accertamento di quelle questioni personali di fatto controverse che necessitano come tali di un'attività istruttoria individualizzata.

Tale attività cognitiva, come detto, in assenza di adeguati correttivi⁴³, non è possibile nel giudizio di classe, sicché il legislatore – ecco il chiaro significato del comma 12 sul quale ritorneremo anche tra breve – si è mosso in due diverse direzioni: da un lato, ha deciso di esonerare il giudice dall'accertamento di dette questioni personali con implicito rinvio ai giudizi individuali di completamento; dall'altro e di contro, ha imposto al giudice di compiere un'attività ulteriore e possibile, ossia quella di determinare il criterio omogeneo di liquidazione che dovrà poi essere seguito in detti giudizi, i quali, pur essendo separati dal giudizio di classe, si pongono come una sua prosecuzione ai fini del completamento della tutela.

Insomma, nelle fattispecie sostanziali che hanno dato adito alla giurisprudenza sulla liquidità ricavata non c'è affatto un problema di determinazione del criterio di liquidazione della somma; la quale è il risultato del computo delle varie componenti della retribuzione in applicazione di presupposti legali e

⁴³ Cfr. *retro*, cap. IV, § 2.4.2.

contrattuali; proprio per tale motivo si ammette questa nozione assai allargata di liquidità.

Nel procedimento di classe, invece, il criterio di liquidazione del danno costituisce una questione assai delicata e potenzialmente controversa in quanto non determinata *aliunde* per via legale o contrattuale; proprio per tale ragione, di fronte all'impossibilità di accertare le questioni di fatto rilevanti ai fini della determinazione della somma dovuta, è comunque utile che il giudice fissi un unico criterio di liquidazione che sia volto ad uniformare l'attività cognitiva successiva da svolgersi nei giudizi individuali di completamento.

Esaminati i due diversi contesti con i quali occorre confrontarsi, è agevole dimostrare che se il provvedimento con il quale il giudice determina il criterio di calcolo fosse una sentenza di condanna in cui la somma è determinata in via indiretta, ovvero in forma implicita, parte della disposizione sarebbe inutile, o meglio, ancor più rigorosamente, tutto il comma 12 sarebbe inutile e privo di significato.

Infatti: se la sentenza con la quale il giudice «stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme» è una sentenza di condanna specifica, allora il significato precettivo di questa disposizione è nullificato.

In primo luogo perde di senso il rinvio all'art. 1226 c.c.⁴⁴

Se così fosse, infatti, il legislatore avrebbe potuto semplicemente scrivere che «quando il giudice accoglie la domanda, liquida le somme *anche* ai sensi dell'art. 1226 c.p.c.»

Ma va con franchezza ammesso che, posta l'ordinaria applicabilità dell'art. 1226 c.c., il legislatore avrebbe potuto eliminare completamente tutta questa parte del comma 12, perché non occorre inserire una disposizione meramente ripetitiva di quel che ordinariamente il giudice civile può fare al momento di pronunciare la condanna, ovvero: liquidare la somma mediante una sua

⁴⁴ Come indicato, *retro*, cap. IV, § 3.2.3., infatti, il rinvio all'art. 1226 c.c. ha senso solo se inteso a segnare il criterio che deve seguire il giudice nello scegliere tra una sentenza di condanna ed una dichiarativa della responsabilità.

esatta determinazione in sentenza, liquidarla in via equitativa, oppure ancora non liquidarla in termini espressi ma al contrario impliciti.

Tutte queste cose il giudice civile può farle senza bisogno che glielo ricordi il procedimento di classe.

Ed allora, siccome i corretti canoni ermeneutici ricordano di non procedere mai ad interpretazioni sostanzialmente abroganti, se non nei casi in cui non si riesca ad attribuire alcun significato utile alla lettera della legge, la possibilità di qualificare come condanna la seconda opzione decisoria prevista dal comma 12 deve essere esclusa. Ciò è ancor più vero, in conclusione, muovendo dalla constatazione che tale circostanza non ricorre affatto nella nostra materia, dove di contro il significato della norma è ben intellegibile e strettamente aderente alle specifiche esigenze che appartengono alla tutela di classe, nonché, più nel dettaglio, alla meccanica propria dell'azione di classe così come disciplinata dal nostro legislatore, ovvero ad un percorso di tutela collettiva che si articola in un primo processo di classe e, quando la liquidazione non è possibile per l'esistenza delle questioni personali, anche in un secondo processo individuale con funzione meramente liquidatoria.

3.2.3. La natura della sentenza dichiarativa della responsabilità

3.2.3.1. Considerazioni introduttive

Le considerazioni appena formulate dimostrano che l'interpretazione letterale dei commi 1 e 12 conduce senz'altro a ritenere ammissibili due diverse pronunce: una di condanna ed un'altra di accertamento della responsabilità.

Venendo allora alla natura di questa seconda pronuncia, va subito detto che, anche su questo piano, parte della dottrina ha sollevato serie obiezioni alla possibilità che il giudizio di classe si risolva in una sentenza non condannatoria.

Il quadro in cui si è mosso questo orientamento è costituito da due diversi, ma consimili argomenti di ordine sistematico: da un lato, la nota e controversa ammissibilità in via atipica della tu-

tela di mero accertamento, dall'altro, l'altrettanto nota e risalente opinione dottrinale secondo cui la materia di accertamento autoritativo nel giudizio di cognizione è costituita sempre, salvo le eccezioni previste dalla legge, da diritti soggettivi o altre situazioni giuridiche soggettive⁴⁵.

Tuttavia, a ben vedere sia il primo che il secondo argomento, pur condivisibili e corretti in punto di principio, non sono spendibili in questa sede.

In primo luogo in sede di interpretazione del nuovo art. 140-*bis* c. cons. non occorre interrogarsi se sia ammissibile una pronuncia di mero accertamento in virtù dell'applicazione dei principi del nostro ordinamento processuale; difatti, come visto, il problema è interpretare correttamente le nuove disposizioni e verificare se tale tipo di pronuncia è prevista dalla legge in forma tipica.

E che il nostro ordinamento, mediante espresse disposizioni di legge, possa contemplare eccezioni alla regola generale pare piuttosto pacifico.

Si è già detto in altra sede, ad esempio, che l'accertabilità dei c.d. *status* rappresenta un esempio eclatante di come la legge possa dare autonoma dignità di materia di accertamento autoritativo a questioni che di per sé non possono essere considerate effetti giuridici in senso proprio⁴⁶.

Per queste stesse ragioni non appare corretto interrogarsi sulla sussistenza o meno dell'interesse ad agire in via di mero accertamento così come di regola si fa in riferimento all'azione individuale.

Semmai, è proprio riflettendo sul problema dell'interesse ad agire in via collettiva che emergono le fondamentali ragioni sistematiche che hanno indotto il legislatore a prevedere in via tipica la possibilità di pronunciare sentenze di mero accertamento non direttamente attributive di beni della vita sul piano sostanziale.

⁴⁵ Nel primo senso, v. DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 163 ss.; nel secondo, v. DALFINO, D., *Oggetto del processo e del giudicato - e altri profili connessi*, cit., p. 197.

⁴⁶ Cfr. in nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 452.

Come osservato, infatti, nel primo capitolo di questo lavoro, la funzione dell'azione di classe è solo in parte coincidente con quella propria dell'azione e del giudizio individuale.

L'obiettivo ultimo è sempre lo stesso, ovviamente: tutelare sul piano giurisdizionale i diritti soggettivi rimasti insoddisfatti.

Tuttavia, nel giudizio di classe il maggior numero di variabili che governano il fenomeno rende il discorso ben più complesso.

In quella sede si è osservato che le finalità specifiche del giudizio di classe sono sostanzialmente tre:

- a) l'incremento dell'effettività della tutela giurisdizionale;
- b) la deterrenza;
- c) l'economia processuale.

Gli ostacoli che devono essere superati per raggiungere tali obiettivi sono in estrema sintesi i seguenti:

- a) l'ampio numero di soggetti coinvolti nell'illecito;
- b) la presenza delle questioni differenziate.

Le componenti strutturali essenziali che servono a garantire che il rimedio risponda alle esigenze predette nonostante la presenza di tali ostacoli sono tre:

- a) il carattere rappresentativo dell'azione;
- b) la natura selettiva del giudizio assieme alla variabilità del suo oggetto;
- c) il ruolo che il giudice riveste all'interno del procedimento.

Applicando tali principi al problema che si sta ora affrontando, ne deriva che l'ammissibilità di pronunce meramente dichiarative della responsabilità appare perfettamente comprensibile e coerente con i profili funzionali e strutturali tipici del giudizio collettivo risarcitorio di classe.

Se non si parte dalle premesse appena indicate, qualunque discorso attorno all'azione di classe è viziato in origine.

L'art. 140-*bis* c. cons., allora, prevede una sentenza dichiarativa della responsabilità, non per riconoscere all'attore una libertà nella determinazione dell'oggetto del giudizio e nemmeno per tutelare un interesse a rimuovere *ope judicis* l'incertezza circa taluni profili della fattispecie.

Talvolta, addivenire ad una sentenza di condanna è impossibile per la presenza di questioni personali: l'accertamento delle medesime renderebbe eccessivamente gravoso il giudizio ed inoltre, a causa della mancata partecipazione attiva dei diretti interessati, il processo si svolgerebbe in un contraddittorio incompleto, non effettivo, non rispettoso dei diritti di difesa costituzionalmente garantiti degli aderenti.

In questa situazione, una pronuncia dichiarativa della responsabilità può rivelarsi comunque utile ai consumatori aderenti, che potranno avviare i giudizi individuali limitandosi a dimostrare il *quantum* dovuto dall'imprenditore.

3.2.3.2. *Il parallelo con la condanna generica*

Ciò detto come premessa, è indubbio che la pronuncia in questione presenti forti somiglianze⁴⁷ con la sentenza di condanna generica prevista dall'art. 278, comma 1, c.p.c., secondo cui, come noto, «quando è già accertata la sussistenza del diritto, ma è ancora controversa la quantità della prestazione dovuta, il collegio, su istanza di parte, può limitarsi a pronunciare con sentenza la condanna generica alla prestazione, disponendo con ordinanza che il giudizio prosegua per la liquidazione»⁴⁸.

⁴⁷ «È una specie di condanna generica», osserva CAPONI, R., *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 839; similmente in ID., *La riforma della «class action», Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, cit., § 6; cfr. anche COSTANTINO, G., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 1134 ss.; FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 520 ss.; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1487 ss.; PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, cit., p. 254 s.; TAVORMINA, V., *La nuova class action*, cit., p. 248, ZUFFI, B., *La duplice débacle subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di relcamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio per il diniego dell'accesso agli atti della Banca d'Italia*, cit., p. 2617.

⁴⁸ Come tale, secondo dottrina maggioritaria ed autorevole, costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale ex art. 2818, comma 1, c.c. Sul nuovo art. 140-bis c. cons., in senso favorevole, v. COSTANTINO, G., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis*

Più in particolare con quella particolare applicazione giurisprudenziale della condanna generica che ne consente l'ammissibilità in via autonoma.

Questo accostamento, al di là delle necessarie precisazioni che tra breve faremo, presenta diversi vantaggi.

In primo luogo fuga ogni residuo dubbio riguardo all'ammissibilità di tale pronuncia, in quanto l'alone di eccezionalità che ruota attorno alla decisione in questione sfuma via del tutto ed anzi risulta poco comprensibile lo stupore interpretativo con il quale dottrina e giurisprudenza hanno affrontato la ricostruzione del giudizio di classe.

del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità, cit., p. 1156; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1487 ss.; PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, cit., p. 255; in riferimento alla precedente formulazione della norma, v. CAPONI, R., *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 839; CONSOLO, C., *I contenuti decisori*, cit., p. 213 ss.; DE SANTIS, A.D., *L'azione risarcitoria collettiva*, in CHINÈ, G.-MICCOLIS, G., *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, Roma, 2008, p. 244; *contra*, sempre riguardo all'art. 140-bis c. cons. prima versione, COSTANTINO, G., *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 «bis» cod. consumo*, cit., p. 23; BRIGUGLIO, A., *L'azione collettiva risarcitoria (art. 140-bis Codice del Consumo)*, Torino, 2008, p. 26; riguardo – invece – alla nuova versione, v. DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 286, sulla base dell'osservazione secondo cui, «se si ritiene che il credito dei singoli consumatori sia comunque bisogno di un ulteriore accertamento da effettuarsi in sede cognitiva, allora la sentenza collettiva non potrebbe in alcun caso essere considerata quale condanna generica e non costituirebbe, perciò, titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale». Tuttavia questa impostazione non convince pienamente. Riprendendo osservazioni già proposte, l'unico punto su cui occorre portare l'attenzione è il seguente: o si ritiene che il giudizio sia configurato per la tutela di un interesse collettivo di natura processuale e conduca all'accertamento della questione comune senza dover valutare l'appartenenza dei consumatori alla classe o si ritiene che il giudizio sia volto alla tutela di diritti dei consumatori e, anche nel caso in cui la sentenza sia meramente dichiarativa della responsabilità, il giudice debba valutare la sua riferibilità ai consumatori che in concreto hanno aderito. Il nuovo art. 140-bis c. cons. va senz'altro interpretato nel secondo senso, sicché la sentenza con la quale il giudice accerta la responsabilità e i criteri di liquidazione, essendo anch'essa una pronuncia funzionale alla tutela di diritti sostanziali violati, non può aver una efficacia minore rispetto alla condanna generica, rispetto alla quale, peraltro, la giurisprudenza limita l'accertamento pieno al solo fatto potenzialmente produttivo di danno (cfr. *infra*, § 3.2.5.).

In secondo luogo, si chiarisce del tutto che anche con la pronuncia dichiarativa di classe l'obiettivo ultimo è comunque quello di tutelare sul piano giurisdizionale diritti violati e non consentire il mero accertamento di questioni: così è nella condanna generica, così è nella sentenza dichiarativa della responsabilità *ex art. 140-bis c. cons.*

In terzo luogo, come osserveremo nel prosieguo, tale accostamento dovrebbe agevolare la determinazione delle questioni che devono essere accertate ai fini della dichiarazione di responsabilità.

In quarto luogo, consente di massimizzare la funzione prosecutoria del giudizio di completamento individuale, ritenendo che, come accade nei rapporti tra giudizio sull'*an* e giudizio sul *quantum*, il processo individuale possa essere avviato prima del passaggio in giudicato della sentenza collettiva di primo grado; d'altro canto i consumatori aderenti, sebbene non partecipino attivamente al giudizio, sono senz'altro parti in senso sostanziale, per cui è ben possibile applicare in questa sede i principi giurisprudenziali elaborati in riferimento alla condanna generica.

Detto questo ed entrando più nello specifico, va subito precisato che la sentenza meramente dichiarativa prevista dal comma 12 dell'art. 140-*bis c. cons.* si discosta dalla condanna generica *ex art. 278, comma 1, c.p.c.* sotto almeno due significativi profili che illuminano la diversa funzione dell'istituto.

Innanzitutto ciò che separa la sentenza dichiarativa della responsabilità dalla sentenza di condanna generica prevista dall'art. 278 c.p.c. riguarda i presupposti per la concessione del provvedimento.

Come noto, la condanna generica può essere pronunciata all'interno di un giudizio nel quale è stato dedotto l'intero diritto di credito ed in questo caso assume la forma della sentenza non definitiva oppure, come già detto, sulla scia di un orientamento giurisprudenziale risalente, come esito conclusivo di un giudizio sin dall'origine limitato all'*an*⁴⁹.

⁴⁹ Cfr., di recente, Cass., 16 dicembre 2010, n. 25510.

Più nel dettaglio e sempre in applicazione del tradizionale «principio di autonoma disponibilità delle forme di tutela offerte dall'ordinamento»⁵⁰, la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile la condanna generica in via autonoma per le seguenti ragioni⁵¹:

a) la tutela non è finalizzata al mero accertamento dell'illecito, ma è comunque funzionale alla reintegrazione di un diritto violato;

b) l'interesse ad agire prende corpo in virtù della possibilità di iscrivere ipoteca giudiziale sui beni del convenuto, si correla alla successiva prosecuzione del giudizio ed è omogeneo a quello cui risponde la possibilità di pronunciare sentenza non definitiva *ex art. 278, II, c.p.c.*

c) proprio quest'ultimo articolo costituisce un riconoscimento positivo espresso del principio tradizionale di disponibilità delle forme di tutela giurisdizionale poc'anzi indicato;

d) non occorre al riguardo il consenso del convenuto né espresso né implicito.

Chiariti i contorni applicativi della condanna generica in via autonoma, occorre peraltro precisare che nel giudizio di classe il quadro funzionale entro cui inserire la dichiarazione di responsabilità è completamente differente rispetto al giudizio individuale tra creditore e debitore e per tale ragione appaiono inap-

⁵⁰ Cfr. Cass., 16 dicembre 2010, n. 25510.

⁵¹ Il precedente maggiormente significativo di questo orientamento è costituito da Cass., S.U., 23 novembre 1995, n. 12103; in dottrina, v. CARNELUTTI, F., *Sentenza parziale e processo parziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1943, II, p. 126; ID., *Condanna generica al risarcimento dei danni*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, p. 326; ANDRIOLI, V., *Commento al codice di procedura civile*, II, Napoli, 1957, p. 253; SATTA, S., *Condanna: b) condanna generica*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 723; ID., *La condanna generica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1410; ALLORIO, E., *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, p. 402; MONTESANO, L., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Milano, 1994, p. 182 ss.; ID., *Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 582; ID., *Condanna senza liquidazione e condanna generica, impugnazione della condanna generica durante il giudizio liquidativo e sospensione del processo civile*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 771 ss.; *contra*, ROGNONI, V., *Condanna generica e provvisoria ai danni*, Milano, 1961, p. 235 ss.; ID., *Condanna generica e istanza del convenuto di liquidazione dei danni*, in *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 445.

plicabili al nuovo istituto taluni principi elaborati nell'altro ambito⁵².

La limitazione dell'accertamento ad una sola parte della fattispecie, ovvero la limitazione dell'oggetto del giudizio alle questioni comuni, non deriva dal riconoscimento di una posizione di libertà – sempre che questa esista nel nostro ordinamento⁵³ – riguardo alla delimitazione dell'oggetto del giudizio in capo alle parti, ma costituisce una specifica tecnica di tutela collettiva risarcitoria che trova fondamento proprio nelle particolari esigenze appartenenti al giudizio di classe⁵⁴.

Per questa ragione, ad esempio, nel giudizio di classe è esclusa la possibilità da parte del convenuto di estendere l'oggetto dell'accertamento al *quantum* mediante domanda riconvenzionale⁵⁵; opzione peraltro negata in riferimento al giudizio individuale dalla stessa giurisprudenza, secondo cui, invece, la parte convenuta in un giudizio limitato *ad initio* alla condanna generica, può unicamente invocare un accertamento in termini di certezza della sussistenza o meno del danno anziché in termini di semplice probabilità⁵⁶.

⁵² Come già indicato *retro*, § 2., nonché cap. I, § 5.1., l'oggetto dell'azione di classe, in ragione delle tre principali finalità che essa persegue, può talora essere limitato a materie di accertamento più ristrette rispetto a quanto previsto dai principi. Per questa ragione vengono meno problematiche che al contrario hanno senso solo nel giudizio individuale, come ad esempio una eventuale necessità di un accordo tra le parti al fine di limitare l'oggetto del giudizio alla dichiarazione di responsabilità. In senso contrario, tuttavia, pare orientarsi l'autorevole dottrina, secondo cui il nuovo art. 140-*bis* c. cons. presenterebbe «una innovazione apprezzabile e conforme alle esperienze maturate all'estero, dove di solito si concede a chi propone l'azione collettiva risarcitoria almeno tutta la libertà di manovra nella delimitazione dell'oggetto del giudizio compatibile con le regole generali», tra cui la possibilità per l'attore di «limitare l'intero giudizio *ex art. 140-bis* all'accertamento della responsabilità, se il convenuto non si oppone»: così, GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 609.

⁵³ La sussistenza di tale potere è infatti assai dubbia: cfr. le osservazioni svolte *retro*, cap. I, § 2.

⁵⁴ Cfr. *retro*, § 2., nonché cap. I, § 5.1.

⁵⁵ *Contra*, autorevolmente, TARUFFO, M., *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, cit., p. 121-122.

⁵⁶ Cfr. ancora Cass., S.U., 23 novembre 1995, n. 12103, seguita da Cass., 22 novembre 2000, n. 15066, secondo cui il convenuto non deve acconsentire in via impli-

Nel giudizio di classe le opzioni difensive che rimangono in capo al convenuto sono, invece, le seguenti: o dimostrare che manca il requisito di identità sufficiente per dichiarare la sua responsabilità in forma rappresentativa o dimostrare l'insussistenza in concreto dell'interesse ad agire in via collettiva per il mero accertamento della responsabilità.

Cambiando punto di osservazione del problema: nel giudizio individuale la libertà di determinazione delle forme di tutela conduce la giurisprudenza ad ammettere la condanna generica in via autonoma e, di contro, per il principio di parità delle armi, a riconoscere al convenuto la possibilità di addivenire ad un giudizio sulla sussistenza del credito; nel giudizio di classe la dichiarazione di responsabilità è ammessa in relazione ad una specifica esigenza di tutela effettiva dei diritti dei consumatori e, di contro, al ricorrere di detta esigenza, non è possibile per il convenuto provocare l'estensione dell'accertamento giudiziale⁵⁷.

L'altro profilo che distingue la sentenza di condanna generica rispetto a quella dichiarativa della responsabilità ai sensi dell'art. 140-*bis* c. cons. è costituito dal contenuto della pronuncia.

La sentenza in questione, infatti, oltre all'accertamento della responsabilità costituisce un ponte tra il giudizio collettivo ed il giudizio individuale.

La sentenza dichiarativa della responsabilità, infatti, fissa definitivamente il modo di essere di una parte della fattispecie

cita o esplicita alla richiesta dell'attore di limitare il giudizio all'*an* piuttosto che a tutte le questioni da cui dipende l'esistenza del diritto e l'ammontare della somma, né può estendere al *quantum* l'ambito dell'accertamento mediante la proposizione di una domanda riconvenzionale per ottenere la liquidazione definitiva della somma; al convenuto, invece, in forza del principio di parità delle armi va riconosciuta la possibilità di provocare un accertamento della sussistenza del *quantum* in termini di certezza anziché di probabilità, col risultato che, pur non essendo il giudizio volto alla definitiva liquidazione della somma dovuta, in ogni caso il convenuto potrà ottenere una sentenza di accertamento negativo del diritto fondata sull'accertamento autoritativo dell'insussistenza del danno.

⁵⁷ In altri termini, il nostro legislatore, così come accade negli ordinamenti stranieri, ha ritenuto che in questo specifico ambito il valore dell'effettività della tutela (artt. 3, comma 2 e 24, commi 1 e 2, Cost.) debba prevalere sul diverso valore della parità delle armi (artt. 3, comma 1, e 111, comma 2, Cost.).

costitutiva del diritto al risarcimento ed al contempo detta una regola (non più generale, ma ancora astratta) che il giudice dovrà applicare, senza discostarsene, nel giudizio individuale, similmente a quel che avviene nel giudizio di rinvio a seguito della pronuncia della Corte di cassazione.

Anche in sede di applicazione dell'art. 140-*bis* c. cons., infatti, è l'impossibilità di procedere ad un accertamento del fatto che giustifica una pronuncia limitata alla fissazione vincolante del criterio di liquidazione.

Nella cassazione con rinvio ai sensi dell'art. 384, comma 1, c.p.c. la Corte, superata la fase meramente rescindente, entra seppur limitatamente nel rescissorio sino a dove la struttura del giudizio glielo consente ed enuncia il principio di diritto che il giudice del rinvio dovrà osservare.

Nel giudizio di classe, il collegio non può procedere all'accertamento delle questioni di fatto da cui dipende la liquidazione in quanto tali questioni sfuggono al rapporto di identità parziale; tuttavia il criterio che dovrà essere impiegato per la liquidazione delle somme può ben essere determinato già in sede collettiva.

La *ratio* della norma va qui ricollegata alla funzione prosectoria ed uniformatrice dei giudizi individuali di liquidazione, che per l'appunto costituiscono l'ineludibile appendice di una unica vicenda di tutela collettiva⁵⁸.

⁵⁸ Diversa lettura viene proposta da quella parte della dottrina, che, reiterando l'immagine del litisconsorzio plurisoggettivo, non solo ritiene che il giudizio di classe tuteli diritti semplicemente omogenei e non identici, ma ritiene anche che le questioni personali siano senz'altro materia di accertamento del giudizio di classe. Muovendo da questa premessa, infatti, si sostiene che la previsione contemplata dal comma 12 dell'art. 140-*bis* c. cons. stia a significare che «anche danni non liquidabili in base a criteri omogenei ai sensi del comma 12 devono [...] ritenersi deducibili, salvo doversi in tal caso procedere alla loro liquidazione nella sentenza di accoglimento della domanda» (GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 609). In altri termini, se ben si è inteso, la portata precettiva della norma consisterebbe nell'imporre al giudice il dovere di liquidare il *quantum* ogni qual volta siano dedotti diritti soggettivi talmente differenti l'uno dall'altro da rendere impossibile anche la determinazione di criteri omogenei; con l'unica eccezione del caso il cui si giunga ad un accordo tra le parti sull'opportunità di limitare il giudizio all'accertamento della responsabilità (cfr. ancora GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit.).

Come è noto, infatti, i criteri di liquidazione del danno variano a seconda del tipo di danno subito ed inoltre, riguardo a ciascuna voce, possono talora sussistere diversi criteri adottati, dando talora adito a contrasti giurisprudenziali e a diversi orientamenti interpretativi, che appaiono tuttora in evoluzione⁵⁹ a seguito della recente rivisitazione dei rapporti tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale⁶⁰. Per questi motivi, una volta che si avvii un giudizio di classe che non sia in grado di completare il percorso dichiarativo sino alla condanna e, per tale ragione, sia necessario «proseguire» il giudizio di classe nella forma di eventuali appendici individuali di completamento, è assolutamente coerente con l'impostazione collettiva del rimedio prevedere che la questione comune relativa alla determinazione dei criteri di liquidazione venga accertata in sede collettiva. E ciò allo scopo di mantenere la dimensione e la matrice collettiva della controversia – per quanto possibile – anche nel passaggio ai successivi momenti dichiarativi individuali.

Va peraltro precisato che la fissazione del criterio omogeneo di liquidazione del danno non costituisce una statuizione che dipende da una specifica domanda di parte. L'attore dovrà scegliere se limitare la domanda all'accertamento della responsabilità, ma, in tal caso, all'ulteriore statuizione provvederà il giudice d'ufficio.

Non si pongono – insomma – rischi di ultrapetizione, in quanto, così come accade all'art. 429, comma 3, c.p.c., è la legge che disciplina l'opzione decisoria in via tipica⁶¹.

⁵⁹ Per avere un'immediata percezione del problema si prenda ad esempio il *Dossier di Guida al diritto*, 2009, n. 9; nonché il recente saggio di VIDIRI, G., *La liquidazione del danno non patrimoniale: declino delle tabelle e necessaria personalizzazione del danno*, in *Giust. civ.*, 2011, II, p. 141 ss.

⁶⁰ Cfr. Cass., S.U., 11 novembre 2008, nn. 26972-26975.

⁶¹ *Contra*, DE SANTIS, A.D., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., p. 162, secondo cui, «se l'attore proponente si limitasse a domandare l'accertamento della responsabilità dell'impresa convenuta, non si spiegherebbe perché il giudice dovrebbe stabilire nella sentenza anche il criterio di liquidazione omogeneo di calcolo per il risarcimento del danno».

3.2.4. *La sentenza dichiarativa della responsabilità come sviluppo patologico del processo*

Prima di chiudere il discorso sulla dichiarazione di responsabilità, bisogna prendere in esame l'autorevole orientamento dottrinale che, ponendosi in una posizione intermedia rispetto alle letture più estreme sinora esaminate⁶², ritiene che tale pronuncia rappresenti un'ipotesi decisoria alla quale si può pervenire solo nel caso in cui, anche dopo la dichiarazione di ammissibilità, manchino aderenti o nel caso in cui, nel corso del giudizio, emerga un grado di disomogeneità tale da non consentire la condanna⁶³.

Questa lettura muove da due premesse: *a)* l'azione di classe tutela diritti soggettivi e la domanda non può essere avanzata per ottenere l'accertamento di mere questioni; *b)* il legislatore, consapevole delle difficoltà di gestione che possono realizzarsi durante il processo, ha previsto al comma 11 una sentenza di accoglimento in cui il giudice accerta l'illecito e stabilisce il criterio omogeneo di calcolo delle somme con rinvio ai giudizi individuali.

La dichiarazione di responsabilità costituirebbe, insomma, una sorta di via di fuga a carattere residuale diretta a salvare le attività processuali svolte nei limiti in cui queste possano essere comunque utili ai consumatori.

Secondo questa lettura, ciò si potrebbe verificare qualora – come detto – giunti oramai in fase istruttoria, il giudice si accorgesse che tra le diverse pretese sussistono difformità tali da non consentire una trattazione congiunta.

In tal caso il collegio potrebbe per l'appunto limitarsi alla dichiarazione di responsabilità con determinazione del criterio omogeneo di calcolo e contestuale implicito rinvio ai giudizi individuali.

Sempre secondo la dottrina ora in esame, poi, questo stesso esito decisorio potrebbe essere l'approdo di un giudizio nel

⁶² Cfr. *retro*, note 30 e 31.

⁶³ Cfr. sul punto BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 1015 ss., spec. p. 1025, 1030 s., anche note 14 e 18.

quale dovessero mancare gli aderenti. E ciò in quanto si potrebbe ritenere che i consumatori non intervenuti si possano giovare dell'accertamento collettivo dell'illecito.

Queste considerazioni ricostruttive sono senz'altro apprezzabili per la chiara intenzione di massimizzare i benefici che il processo di classe può portare ai consumatori, ma, di contro, appaiono viziate in una delle due premesse poc'anzi indicate; infatti, come dimostrato sinora: *a)* diversi argomenti di ordine letterale e sistematico inducono a ritenere ammissibile una domanda sin dall'inizio limitata alla dichiarazione di responsabilità; *b)* con questa domanda il proponente non mira ad ottenere l'accertamento di mere questioni in ordine alla tutela di un generico interesse collettivo, ma al contrario è volta ad ottenere la tutela dichiarativa in forme assimilabili alla condanna generica dei diritti soggettivi dei consumatori che aderiranno alla classe.

Ciò significa che il giudice potrà sin dall'inizio e con le modalità poc'anzi indicate⁶⁴ ammettere una domanda di condanna generica, oppure, eventualmente, limitare l'oggetto del giudizio alla dichiarazione di responsabilità solo successivamente.

Invece, riguardo al caso in cui dopo l'ordinanza di ammissibilità non vi siano adesioni, occorre riprendere le considerazioni svolte addietro.

Se, infatti, l'azione *ex art. 140-bis c. cons.* mira a tutelare i diritti soggettivi degli appartenenti alla classe, nel caso in cui manchino aderenti, il giudizio dovrà chiudersi per difetto di interesse ad agire, poiché, in concreto, la classe non reputa utile tale processo.

3.2.5. *Le questioni accertate dalla sentenza dichiarativa della responsabilità*

Un altro delicato quesito interpretativo riguarda la determinazione delle questioni che devono essere verificate per dar luogo all'accertamento della responsabilità⁶⁵.

⁶⁴ Cfr. *retro*, § 2.

⁶⁵ In dottrina da tempo si è sottolineata la difficoltà di equiparare la sentenza di-

In questo ambito di applicazione il discorso assume uno spessore ben più rilevante di quello che gli appartiene in sede di applicazione dell'art. 278 c.p.c., in quanto nel giudizio di classe dalla soluzione di questo interrogativo dipende l'accesso stesso alla tutela collettiva.

Approfondendo la nozione di diritti individuali omogenei allo scopo di comprendere quale sia il grado di identità che deve intercorrere tra le diverse pretese si è detto che le diverse fattispecie devono presentare almeno una parte comune tale da consentire la dichiarazione di responsabilità del convenuto.

Questa definizione attende ora un suo completamento: quali sono, infatti, le questioni da cui dipende l'accertamento della responsabilità?

Come è ovvio, l'interrogativo non può prescindere da un esame dell'art. 278 c.p.c., che, all'inizio del primo comma, condiziona la condanna in forma generica all'accertamento della sussistenza del diritto, ovvero all'accertamento della responsabilità, cioè, guardando il problema dal punto di vista del soggetto passivo del rapporto, all'accertamento della sussistenza dell'obbligo risarcitorio⁶⁶.

chiarativa della responsabilità prevista dal legislatore italiano come uno dei possibili sbocchi del giudizio collettivo risarcitorio alla condanna generica: v. per tutti, CARRATTA, A., *Effetti del giudicato e tutela collettiva*, in *Le azioni collettive in Italia*, a cura di C. Belli, Milano, 2007, p. 100 ss., spec. p. 112 ss.

⁶⁶ Sulla nozione di «responsabilità», v. la classica definizione di SCOGNAMIGLIO, R., *Responsabilità civile*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 628 ss. (ora anche in ID., *La responsabilità civile*, Torino, 2010). Per approfondimenti, anche alla luce delle recenti evoluzioni sul piano giurisprudenziale in materia di danno risarcibile, v. FRANZONI, M., *L'illecito*, Milano, 2010; ID., *Il danno risarcibile*, Milano, 2010; ALPA, G., *La responsabilità civile: principi*, Torino, 2010; INZITARI, B.-PICCININI, V., *La responsabilità civile, casi e materiali*, Torino, 2009; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A.-FEOLA, M., *La responsabilità civile*, Torino, 2008; BUSNELLI, F.D., *Diritto giurisprudenziale e responsabilità civile*, Napoli, 2007; CASTRONOVO, C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006; MONATERI, P.G., *La responsabilità civile*, Torino, 2006; SALVI, C., *La responsabilità civile*, Milano, 2005; VISINTINI, G., *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005; PONZANELLI, G., *La responsabilità civile: profili di diritto comparato*, Bologna, 2002. Sulla netta distinzione tra nozione di illecito e responsabilità civile, v., per tutti, SCOGNAMIGLIO, R., *Illecito (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1975, p. 164 ss., spec. p. 171 ss. (ora anche in ID., *La responsabilità civile*, Torino, 2010) in op-

Muovendo da questo presupposto la sentenza pronunciata *ex art. 140-bis c. cons.* ai sensi del comma 12, dovrebbe comprendere l'accertamento autoritativo di tutte le questioni da cui dipende il diritto al risarcimento salvo il profilo meramente liquidatorio⁶⁷.

Tuttavia, come è noto, la giurisprudenza in materia di condanna generica è di tutt'altro avviso.

L'orientamento costante in materia, infatti, ritiene che ai fini della pronuncia di condanna generica sia sufficiente l'accertamento di un fatto potenzialmente produttivo di danno⁶⁸, il che, come da precisazione giurisprudenziale, significa che «non è sufficiente accertare l'illegittimità della condotta del convenuto, ma occorre accertare, sia pure con modalità sommarie e valutazione probabilistica, la sussistenza del danno, senza la quale il diritto al risarcimento, di cui si chiede la anticipata tutela, non può essere configurato»⁶⁹; ma, in ogni caso, rimane fuori dal giudizio di condanna generica non solo l'accertamento con efficacia di giudicato dell'ammontare del danno, ma anche l'accertamento auto-

posizione alla tesi di CARNELUTTI, F., *Il danno ed il reato*, Padova, 1930, p. 21 ss. fondata sul principio del *neminem laedere*. In generale sulle possibili aderenze tra i due concetti, v. anche MAIORCA, C., *Responsabilità (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1004 ss., spec. p. 1023 s.; SALVI, C., *Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1186 ss., spec. p. 1188 ss.; TRIMARCHI, P., *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, p. 90 ss. Per una perspicua definizione di illecito in una prospettiva di teoria generale, v. CORDERO, F., *Le situazioni soggettive nel diritto penale*, Torino, 1956, p. 120 ss., spec. 130.

⁶⁷ Il problema dell'oggetto e correlativamente della funzione della sentenza di condanna generica è da sempre al centro del dibattito dottrinale: di recente, v. CARRATTA, A., *Condanna generica*, in *Enc. giur. Trec.*, VII, Roma, 1997, spec. p. 9 ss., secondo cui, conformemente alla lettera dell'art. 278, comma 1, c.p.c., la sentenza di condanna generica deve sempre contenere l'accertamento autoritativo e vincolante di tutte le questioni da cui dipende «la sussistenza del diritto»; *contra*, CAVALLINI, C., *L'oggetto della sentenza di condanna generica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 523 ss., spec. p. 537 s., secondo cui la sentenza contiene il «comprovato e pieno accertamento di tutti i fatti costitutivi del diritto al risarcimento (*iniuria*, colpa, imputabilità) e di una *verosimile* valutazione di *esistenza* del danno prodotto».

⁶⁸ Cfr. Cass., 13 novembre 2009, n. 24034; Cass., 15 giugno 2009, n. 13856; Cass., 22 gennaio 2009, n. 1631; Cass., 11 febbraio 2009, n. 3357; Cass., 6 marzo 2009, n. 5590; Cass., 15 luglio 2008, n. 19453; Cass., 16 aprile 2008, n. 10059.

⁶⁹ Cfr. Cass., 22 gennaio 2009, n. 1631.

ritativo del nesso di causalità⁷⁰; questioni di cui si potrà discutere nuovamente nel giudizio successivamente instaurato sul *quantum* ed eventualmente anche ai fini di una dichiarazione di inesistenza del diritto al risarcimento per l'insussistenza del danno prodotto.

Va peraltro osservato che nell'applicazione dell'art. 278 c.p.c. continuano a risuonare le radici giurisprudenziali dell'istituto, in quanto le corti offrono una visione piuttosto variabile dell'oggetto della pronuncia.

Così è nelle decisioni in cui, ripetuti i principi appena riportati, si osserva che, «nulla impedisce che il giudice possa accertare con la condanna generica anche l'effettivo avveramento del danno, lasciando impregiudicate le sole questioni relative alla liquidazione»⁷¹.

Ed in questa prospettiva si è anche aggiunto che «presupponendo la condanna generica l'affermazione del diritto alla prestazione dovuta, rimanendone solo controversa la quantità (art. 278 c.p.c., comma 1), tutte le volte che la prestazione consista nel diritto al risarcimento del danno da illecito extracontrattuale, deve ritenersi che la sussistenza del nesso di causalità materiale tra condotta ed evento produttivo di danno costituisca un accertamento tendenzialmente presupposto dalla sentenza di condanna generica, rimanendo piuttosto da accertare nel giudizio relativo alla liquidazione quali effetti pregiudizievoli siano risarcibili perché costituenti, *ex art.* 1223 c.c. (richiamato dall'art. 2056 c.c.), conseguenza immediata e diretta dell'evento di danno, avendosi in tal modo riguardo al cosiddetto rapporto di causalità giuridica»⁷².

⁷⁰ Il problema si pone ovviamente rispetto al nesso di causalità materiale e non riguardo alla causalità c.d. giuridica. Sulla distinzione tra nesso di causalità materiale, sussistente tra fatto ed evento lesivo, e nesso di causalità giuridica, sussistente tra evento lesivo e conseguenze pregiudizievoli risarcibili, v. i classici scritti di GORLA, G., *Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 405 ss.; CARNELUTTI, F., *Perseverare diabolicum*, in *Foro it.*, 1952, IV, p. 97 ss.; per approfondimenti, v. gli AA. citati *retro*, cap. IV, § 3.3.2.

⁷¹ Da ultimo, Cass., 11 gennaio 2009, n. 3357.

⁷² Cfr. ancora Cass., 11 gennaio 2009, n. 3357.

Non mancano, infine, anche alcune pronunce che, anziché riferirsi al tenore letterale della formula contenuta nel primo comma dell'art. 278 c.p.c., ritengano spetti alla parte richiedere non solo l'accertamento del c.d. fatto potenzialmente dannoso, ma anche l'accertamento del nesso e dell'effettiva sussistenza del danno, salvo il profilo meramente liquidatorio⁷³.

⁷³ Cfr. in particolare Cass., 11 gennaio 2001, n. 329, che, richiamato il noto principio attinente alla mera declaratoria *iuris*, afferma poi quanto segue: «non può conditarsi l'altro principio, pure spesso sostenuto in giurisprudenza, secondo cui, "ogni ulteriore affermazione contenuta nella motivazione della sentenza penale inerente alla concreta sussistenza ed all'entità del danno non può attingere alla dignità di giudicato e non esonera il danneggiato dall'onere della prova dell'esistenza di un nesso di causalità tra l'evento ed il danno in sede di giudizio civile di liquidazione del *quantum*" (Cass. 26.2.1998, n. 2127; Cass. 8.11.1994, n. 9261). L'affermazione sembra, infatti, contrastare con i principi che regolano il giudicato. Infatti, se il giudice penale (ma il discorso vale anche per il giudice civile adito con una domanda di condanna generica) non si sia limitato a statuire solo sulla potenzialità dannosa del fatto addebitato al soggetto condannato e sul nesso eziologico in astratto, ma abbia accertato e statuito sull'esistenza in concreto di detto danno e del relativo nesso causale con il comportamento del soggetto danneggiato, valgono sul punto i principi del giudicato. In questo senso è stato affermato (Cass. 18.1.2000, n. 495) che con la sentenza di condanna generica il giudice può non limitarsi ad accertare l'esistenza di un fatto potenzialmente idoneo a produrre un danno, ma può accertare anche la reale entità dello stesso, lasciando quindi impregiudicata soltanto la sua liquidazione, purché nell'ambito della *causa petendi*. Va a tal fine specificato che, se con la costituzione di parte civile nel processo penale, il danneggiato non ha limitato la richiesta alla sola condanna generica del soggetto responsabile, il giudice, investito dalla domanda anche della liquidazione del *quantum* a norma dell'art. 489 c.p.p. 1930 e 538 c.p.p. 1988, non compie alcuna ultrapetizione se non si limiti alla condanna generica nei termini di mera potenzialità dannosa del fatto, ma accerti che in concreto, e non solo in astratto, vi è stato un danno ed anche un nesso causale, avvalendosi poi dei poteri di rimettere la causa davanti al giudice civile solo per l'entità della liquidazione. Se, invece, con la costituzione di parte civile è stata richiesta solo la condanna generica al risarcimento del danno del responsabile (ed il discorso vale anche per la domanda proposta in sede civile di condanna generica al risarcimento del danno a norma dell'art. 278 c.p.c.), il giudice che non si limiti alla mera *declaratoria iuris* della potenzialità dannosa del fatto del soggetto assunto come danneggiante, ma accerti in concreto l'esistenza del danno (per quanto non lo liquidi) e del nesso eziologico, certamente compie un ultrapetizione. Ovviamente costituirà una questione di interpretazione della sentenza di condanna generica (emessa sia in sede civile che penale) accertare se il giudice ha esteso la sua decisione anche all'accertamento in concreto del danno e del nesso eziologico e se sul punto si è formato il giudicato».

Se quello appena sommariamente tratteggiato costituisce il quadro di riferimento, ben si capisce che questa stessa variabilità, o se si vuole incertezza, potrebbe potenzialmente ricadere sull'interpretazione dell'art. 140-*bis* c. cons. tanto da poter dar luogo a diverse opzioni interpretative.

Muovendosi nella prospettiva dettata dalla giurisprudenza maggioritaria relativamente al contenuto della condanna generica, la sentenza collettiva dichiarativa della responsabilità potrebbe contenere l'accertamento pieno ed autoritativo della sussistenza dell'illiceità della condotta e l'accertamento «sommario» della sussistenza del danno e del nesso di causalità.

Riprendendo le considerazioni addietro svolte in merito alla nozione di identità⁷⁴, in riferimento alle condotte in cui è più difficile dimostrare il collegamento eziologico tra fatto ed evento, il giudizio di classe potrebbe – allora – limitarsi a verificare la sussistenza del nesso di causalità generica⁷⁵.

Muovendosi, invece, lungo la linea tracciata dall'orientamento giurisprudenziale «elastico», si potrebbe ritenere che spetti al giudice e alle parti, ovviamente in sede di giudizio di ammissibilità, determinare l'oggetto esatto della pronuncia in relazione alla ampiezza del nesso di identità sussistente tra i diversi diritti individuali dei consumatori. Ciò significa che, a seconda del caso concreto, l'accertamento potrebbe comprendere il nesso di causalità specifica oppure limitarsi a quello generico, rinviando la dimostrazione di un collegamento eziologico specifico tra fatto ed evento agli eventuali giudizi individuali.

Se, al contrario, si seguisse l'orientamento più rigoroso, secondo cui la dichiarazione di responsabilità postula l'accertamento di tutte le questioni che influiscono sull'*an* del diritto al risarcimento, allora l'accertamento vincolante contenuto nella

⁷⁴ Cfr. *retro*, cap. IV, § 3.3.

⁷⁵ Cfr. FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 531, che, sulla scia della giurisprudenza ritiene che il nesso di causalità rimanga fuori dall'oggetto del giudizio e per questa ragione – se ben si è inteso – ammette accanto ad una pronuncia di condanna generica anche un accertamento della mera illiceità della condotta imprenditoriale.

sentenza dovrebbe senz'altro includere anche il nesso di causalità materiale specifico e come tale vincolante anche nei giudizi di completamento tra danneggiante e singolo danneggiato⁷⁶.

In questa ipotesi, peraltro, il giudizio di classe sarebbe ammissibile solo in un minor numero di ipotesi, cioè quando il nesso di causalità possa essere accertato in forma collettiva. Diversamente la tutela collettiva *ex art. 140-bis c. cons.* dovrebbe essere esclusa.

Va in ogni caso ricordato che queste valutazioni devono essere svolte tenendo anche conto della sussistenza o meno dell'interesse ad agire in via collettiva.

Senza riprendere analiticamente considerazioni già svolte⁷⁷, basti in questa sede evidenziare la rilevanza che al riguardo possiede la ricostruzione che si intende adottare riguardo alla natura e all'oggetto dell'azione collettiva inibitoria.

Se, infatti, l'inibitoria collettiva conduce all'accertamento dell'illecito con la possibilità da parte dei consumatori di avvantaggiarsi del giudicato favorevole, allora – ragionando in punto di principio ed in generale – è ragionevole non limitare l'ambito dell'accertamento autoritativo ottenuto con la dichiarazione di responsabilità al solo illecito ed al contrario comprendere in esso altri profili; tendendo peraltro da conto i casi in cui l'azione inibitoria non è affatto esperibile perché la condotta illecita è già cessata ed eventualmente la stessa anti giuridicità del comportamento posto in essere costituisce una questione controversa e complessa da accertare; situazioni in cui – in astratto – anche una sentenza meramente dichiarativa dell'illiceità della condotta potrebbe rivelarsi utile per i consumatori.

⁷⁶ In questo senso, MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., § 15; riguardo alla precedente formulazione dell'articolo, v., nello stesso senso, CONSOLO, C., *I contenuti decisivi del processo collettivo, la condanna generica con provvisoria allo stato degli atti e il perimetro di efficacia della sentenza*, in CONSOLO, C.-BONA, M.-BUZZELLI, P., *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, spec. p. 215 s.; MENCHINI, S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 41 ss., spec. p. 49.

⁷⁷ Cfr. *retro*, cap. III, § 3.3.3.1.

3.3. *La condanna provvisoria*

L'art. 140-*bis* c. cons., nella sua prima formulazione prevedeva, come ricordato precedentemente, la possibilità che il giudice, mediante una valutazione allo stato degli atti, potesse determinare la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore.

Su questa base positiva, come visto, parte della dottrina aveva ritenuto possibile che il giudizio collettivo risarcitorio si chiudesse con una sentenza di condanna provvisoria, rinviando l'accertamento del *quantum* residuo ai giudizi individuali⁷⁸.

In questa maniera si otteneva un doppio risultato: da un lato, si metteva in mano al consumatore un titolo spendibile anche sul piano esecutivo, dall'altro, il consumatore era posto nella condizione di scegliere se accontentarsi di quanto ottenuto in via di mera adesione, oppure se proseguire il percorso di tutela al fine di ottenere un risarcimento di entità maggiore, ma sopportando costi ed oneri del successivo giudizio individuale.

Attualmente la nuova formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons. ed in particolare il comma 11 non prevedono espressamente questa opzione decisoria, ma il discorso svolto sinora sull'oggetto e sugli effetti del giudizio non sembra porre ostacoli ad ammettere questa possibilità qualora, per l'appunto, l'estensione della «parte identica» consenta al giudice di accertare irretrattabilmente in forma collettiva anche una somma minima dovuta⁷⁹.

Va inoltre ricordato che, come già indicato, non è da escludere che il giudice provveda in via generica nei confronti di taluni aderenti e condanni al pagamento delle somme in via provvisoria a favore di altri.

⁷⁸ Cfr. *retro*, cap. IV, § 2.

⁷⁹ In questo senso, v. soprattutto COSTANTINO, G., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 1136 s.; cfr. anche PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, cit., p. 255; FIORIO, P., *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, cit., p. 525; MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1487 ss.

3.4. Conclusioni

Sulla base delle osservazioni sinora svolte possiamo concludere il discorso attorno alle diverse pronunce di accoglimento della domanda di classe con la sintesi dei risultati ottenuti.

Il giudice nell'accogliere nel merito la domanda potrà:

I) sulla base della prima parte del primo periodo del comma 12, condannare al pagamento delle somme

a) con una liquidazione equitativa *ex art.* 1226 c.c.,

b) con una liquidazione sulla base di dati documentali,

c) oppure con una liquidazione in via indiretta;

II) sulla base della seconda parte del primo periodo del comma 12, dichiarare la responsabilità dell'imprenditore stabilendo il criterio omogeneo da applicare nei successivi giudizi di completamento, variando eventualmente a seconda del caso concreto l'ambito delle questioni accertate autoritativamente nel giudizio di classe;

III) sulla base di una interpretazione sistematica del comma 12 in coordinato disposto con l'art. 278, comma 2, c.p.c., condannare in via provvisoria al pagamento di una parte della somma dovuta, stabilendo il criterio omogeneo per la liquidazione del residuo da svolgersi nei giudizi di completamento.

In ogni caso il giudice, nel rispetto dei vincoli già indicati riguardo alla possibilità di determinare sottoclassi⁸⁰, anche in riferimento ad uno stesso illecito e riguardo ad una stessa classe madre, potrà far uso di tutt'e tre le diverse opzioni decisorie che la legge contempla.

Definito il quadro delle pronunce di accoglimento, ora è possibile chiudere il discorso spendendo qualche parola riguardo ai giudizi di completamento.

Innanzitutto, va rimarcata l'assenza di una specifica disciplina da parte del legislatore⁸¹, sicché per ottenere la liquida-

⁸⁰ Cfr. *retro*, § 2.3.

⁸¹ Lo rileva criticamente TARUFFO, M., *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, cit., p. 121.

zione delle somme occorrerà ricorrere nuovamente alla tutela giurisdizionale cognitiva nelle sue forme ordinarie o sommarie.

Va peraltro precisato che, a rigore, ai giudizi di completamento occorrerà accedere solo in presenza di una somma di denaro non liquida, ovvero nel caso in cui il giudice condanni in forma generica il convenuto, cioè dichiarare la responsabilità del medesimo e fissi il criterio omogeneo di calcolo per liquidare la somma.

Coordinando questa osservazione con quanto appena osservato in via di sintesi, il giudizio di completamento è necessario solo nelle ipotesi indicate *sub* II) e III).

Non nell'ipotesi indicata *sub* I), poiché in tal caso avremo comunque una condanna immediatamente spendibile come titolo esecutivo da parte del consumatore⁸².

Nel caso in cui, quindi, si versi nelle situazioni indicate *sub* II) e III), il consumatore sarà costretto a ricorrere nuovamente al giudice esercitando la sua azione di cognizione individuale nelle forme ordinarie o, quando possibile, in quelle sommarie.

In questo secondo caso, il consumatore potrà, secondo le circostanze, ricorrere o al procedimento sommario di cognizione previsto dagli artt. 702-*bis* ss. c.p.c. o al procedimento monitorio *ex* art. 633 ss. c.p.c.⁸³

Più in particolare questa seconda ipotesi ricorrerà nel caso il cui il giudice di classe⁸⁴, nonostante la natura documentale della

⁸² Assai contraddittorio e mal formulato era, ad esempio, il comma 9 dell'articolo 140-*bis* c. cons., così come questo veniva previsto dal d.d.l. C/1845, che disponeva: «la sentenza di condanna di cui al comma 4, unitamente all'accertamento della qualità di creditore ai sensi dei commi 6, 7 e 8, costituisce, ai sensi dell'art. 634 del codice di procedura civile, titolo per la pronuncia di ingiunzione di pagamento, ai sensi dell'art. 633 e seguenti del medesimo codice di procedura civile, da parte del giudice competente su richiesta del singolo consumatore o utente».

⁸³ Così, puntualmente, COSTANTINO, G., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 1156; ma v. anche PUNZI, C., *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 263 s.; TAVORMINA, V., *La nuova class action*, cit., p. 253.

⁸⁴ Cfr. in questo senso il suggerimento avanzato da PUNZI, C., *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, cit., p. 263 s.

controversia per quel che attiene al profilo liquidatorio, non sarà comunque riuscito a condannare il convenuto, né applicando l'art. 1226 c.c., né liquidando altrimenti la somma dovuta, né liquidandola in via mediata, ovvero indicando in sentenza tutti gli elementi sulla base dei quali calcolare l'ammontare della somma.

4. *I limiti oggettivi e soggettivi dell'effetto consumativo del potere di azione*

Come poc'anzi indicato gli effetti di consumazione del potere di azione di classe colpiscono tanto la classe attiva, ovvero il proponente e gli aderenti, quanto la classe passiva, ovvero i consumatori, che, nonostante la pubblicizzazione dell'ordinanza di ammissibilità, abbiano ritenuto opportuno non aderire al giudizio⁸⁵.

In questo senso, come detto, il potere di azione di classe si comporta negli stessi termini dell'azione individuale con l'unica differenza che la titolarità del potere spetta alla classe, cioè ad un soggetto plurimo e non ad un semplice soggetto individuale.

Così, il corretto esercizio del potere di azione di classe conduce ad una sentenza di merito, contenente l'accertamento posi-

⁸⁵ Riguardo alla riproponibilità dell'azione collettiva risarcitoria, il precedente art. 140-bis c. cons. non disponeva espressamente e la dottrina era spaccata in due diversi orientamenti. A favore della proposizione di una nuova azione collettiva da parte di un diverso legittimato ad agire, v. AMADEI, D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. mer.*, 2008, 940 ss., spec. p. 956; BOVE, M., *L'oggetto del processo «collettivo» dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria (artt. 140 e 140-bis c. cons.)*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 841 ss.; DALFINO, D., *Oggetto del processo e del giudicato e altri profili connessi*, cit., p. 199 s.; MENCHINI, S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 41 ss., spec. p. 56 s.; *contra*, CAPONI, R., *Litisconsorzio «aggregato», L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 842; CARRATTA, A., *L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2009, p. 315 ss., spec. p. 336; CONSOLO, C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dell'«opt-in» anziché quella danese dell'«opt-out» e il filtro («L'inutil precauzione»)*, cit., p. 5 ss.; ID., *Profili processuali generali, rito applicabile e fase preliminare del c.d. «filtro» giurisdizionale sull'ammissibilità dell'azione collettiva*, in CONSOLO, C.-BONA, M.-BUZZELLI, P., *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, p. 168 ss.

tivo o negativo dei diritti individuali omogenei o della frazione comune di essi, che al contempo consuma, con il passaggio in giudicato, il potere di azione.

Ciò significa, di contro, che, qualora il giudizio di classe si chiuda in rito, tale effetto consumativo, come è naturale che sia, non si produce, poiché il potere non è stato correttamente esercitato e non ha prodotto i suoi effetti tipici⁸⁶.

Questa conclusione potrebbe essere messa in dubbio da una prima lettura del comma 14, che prevedere che «non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei con-

⁸⁶ Cfr. BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1031; DE CRISTOFARO, M., *L'azione collettiva*, cit., p. 1944 ss.; GIUSSANI, A., *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 606-607; MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1426, anche in nota; VIGORITI, V., *Finalmente, l'azione di classe. Primi rilievi*, in A.A.V.V., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 24; *contra*, CONSOLO, C., *Come cambia, rilevando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, cit., p. 1307; CONTE, G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in A.A.V.V., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di V. Vigoriti e G. Conte, Torino, 2010, p. 27 ss., spec. p. 59; RORDORF, R., *L'azione di classe nel novellato art. 140-bis cod. consumo: considerazioni (e qualche interrogativo)*, in *Foro it.*, 2010, V, p. 183 ss., spec. p. 187; cfr. anche GUERNELLI, M., *La nuova azione di classe: profili processuali*, cit., p. 933, secondo cui «ciò pone tuttavia dei problemi nel caso in cui ad esempio vi sia una chiusura del primo giudizio con transazione o conciliazione, ovvero quando l'estinzione del giudizio segua la dichiarazione di improponibilità». Tuttavia la problematicità che è propria di tali ultime osservazioni dipende solo dall'ottica individualistica in cui si guarda il giudizio ed al contrario svanisce rapidamente allorché si muova da una diversa premessa, ovvero ricostruendo l'azione *ex art. 140-bis c. cons.* come un potere spettante direttamente alla classe e non al singolo proponente. In questa prospettiva, infatti, la transazione tra proponente e convenuto non chiude di per sé il giudizio di classe (cfr. *retro*, cap. III, § 3.4.3.). Inoltre, in assenza di una specifica disciplina che consenta al giudice di sindacare la meritevolezza dell'accordo conciliativo come riflesso sul piano sostanziale del controllo sull'adeguata rappresentatività svolto nella prospettiva processuale, non è possibile pervenire ad una conciliazione giudiziale collettiva vincolante per tutta la classe. Per quanto riguarda – poi – la pronuncia di inammissibilità, quest'ultima ha la stessa efficacia di una pronuncia che chiude in rito il giudizio (cfr. *retro*, cap. III, § 2.5.3); nell'ipotesi, *de facto* poco probabile, in cui venga proposta di nuovo la domanda, eventualmente sulla base degli stessi argomenti in fatto e in diritto, il giudice dovrà seriamente valutare l'opportunità di pronunciare una condanna alla spese ai sensi dell'art. 96 c.p.c., così come previsto e ribadito dal comma 8 della nuova versione dell'art. 140-bis c. cons.

fronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9».

Tuttavia la disposizione appena richiamata deve essere letta in una sola e diversa prospettiva, ovvero quella di preservare l'unicità dell'azione di classe mediante il coordinamento tra diverse iniziative giudiziali e tenendo conto del regime delle adesioni.

Lo scopo della norma è, insomma, quello di evitare la coesistenza di diverse azioni di gruppo.

Ciò è chiarito dalla lettura della parte seguente della disposizione in cui si precisa che le domande di classe «proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice».

In altri termini, come al titolare del diritto appartiene *un* solo potere di azione per ottenere dal giudice l'accertamento del suo diritto, parimenti la classe ha *un* solo potere di azione nei confronti del medesimo convenuto e con riferimento a certi fatti.

Il comma 14, quindi, da un lato, mira ad evitare la contemporanea pendenza dello stesso giudizio davanti a giudici diversi come previsto in generale all'art. 39 c.p.c., dall'altro, deve anche tener conto della natura plurisoggettiva del giudizio di classe e più precisamente del regime delle adesioni.

Nella prima formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons. il termine per aderire era fissato nell'udienza di precisazione delle conclusioni in appello.

Ora il legislatore ha opportunamente limitato tale possibilità alla fase preparatoria del giudizio, cioè entro un termine perentorio non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello fissato per l'esecuzione della pubblicità dell'ordinanza che ammette la domanda.

È evidente che la non riproponibilità dell'azione di classe, superato tale termine, è una diretta conseguenza del regime delle adesioni. Infatti, se così non fosse, mediante una seconda e sepa-

rata proposizione della domanda di classe sarebbe eluso il termine perentorio entro cui i consumatori debbono aderire.

Il principio generale secondo cui l'azione di cognizione si consuma solo quando produce i suoi effetti tipici non è derogato nemmeno dal successivo comma 15, secondo cui «le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi abbiano espressamente consentito» e «gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo».

Come già indicato in precedenza⁸⁷, infatti, la portata precettiva che va ricondotta a tale disposizione deve essere intesa alla luce di una sentita esigenza di certezza e garanzia posta a vantaggio dei consumatori aderenti ed in netta contrapposizione con la prima parte del comma 14 laddove è previsto che «la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti».

In altri termini il comma 15 vuole solo dire che i consumatori aderenti subiscono gli effetti del giudizio unicamente nel caso in cui si addivenga ad una pronuncia di merito.

Di contro il comma 15 è muto riguardo agli effetti che tali situazioni producono sul potere di classe.

Tale problema va risolto orientandosi sul piano interpretativo secondo i principi generali e facendo uso delle altre indicazioni che è dato trarre dalla lettura sistematica del rimedio, nonché, ovviamente, nella prospettiva che è più coerente con i valori costituzionali⁸⁸.

Chiarito, quindi, che il presupposto dell'effetto consumativo del potere di azione di classe è lo stesso dell'azione individuale, occorre ora evidenziare una differenza di disciplina riguardante i limiti entro cui tale effetto si produce.

Secondo le regole generali l'effetto consumativo si produce con il passaggio in giudicato della sentenza che contiene l'accertamento del diritto soggettivo fatto valere in giudizio mediante l'esercizio dell'azione.

⁸⁷ Cfr. *retro*, cap. III, § 3.4.3.

⁸⁸ A tal riguardo, v. *retro*, cap. III, § 3.4.3.

Per comprendere, poi, quali siano i limiti entro cui ha operato l'effetto consumativo, si applica la teoria della identificazione delle azioni, ovvero si determina l'oggetto del giudizio e con l'esso l'azione che gli corrisponde e tale operazione va compiuta in riferimento al contenuto della sentenza.

Nell'azione di classe, invece, occorre far riferimento all'ordinanza che ammette l'azione e ciò in base al coordinato disposto del comma 14, laddove si riferisce all'improponibilità di ulteriori azioni di classe per «i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa», e del comma 9, lett. *a*), in cui si precisa che con l'ordinanza che ammette l'azione il giudice «definisce i caratteri dei diritti oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi inclusi».

La lettura coordinata delle due disposizioni ora indicate chiarisce che l'individuazione dell'azione di classe, non va valutata sulla base dello «stesso fatto» inteso semplicemente come lo stesso fatto generatore comune ai diversi diritti (ad esempio lo stesso illecito, lo stesso prodotto difettoso, ecc.), ma in riferimento agli «stessi fatti» che denotano i «caratteri dei diritti oggetto del giudizio».

Può ben accadere, ad esempio, che un'unica condotta possa variare nell'arco di un certo periodo, oppure che in uno stesso lasso temporale, la medesima condotta o lo stesso prodotto difettoso diano luogo a diverse classi di diritti omogenei⁸⁹.

In questa prospettiva il potere di determinazione della classe, come già visto addietro⁹⁰, ha un ruolo fondamentale ai fini dell'individuazione della classe e dell'effetto consumativo del potere di azione collettiva; e ciò in quanto, specie se si limita la possibilità di creare sottoclassi all'interno della classe madre, spetta

⁸⁹ Cfr., puntualmente, MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1428, anche alla nota 33, che osserva: «non è sufficiente che la vicenda sostanziale sia la stessa, ma tale deve essere anche la fattispecie concreta dedotta in causa, avendo riguardo, cioè, alle specifiche circostanze che la connotano e ai *petita* avanzati; cfr. anche MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1458 ss.

al giudice fissare la precisa finestra fattuale alla quale si ricollegano i diritti individuali dei consumatori. Così, ad esempio, può accadere che la particolare costruzione della classe operata nell'ordinanza di ammissibilità, possa impedire l'adesione al giudizio di classe da parte di alcuni consumatori parimenti danneggiati – ad esempio – da un certo prodotto.

La domanda che occorre allora porsi è la seguente: questi consumatori perdono la possibilità di beneficiarsi della tutela di classe?

Ovviamente no, se le caratteristiche dei loro diritti siano comunque tali da poter rilevare un ulteriore rapporto di identità sulla base del quale procedere separatamente in forma collettiva.

Per questa via ritorniamo alle riflessioni addietro svolte in riferimento al potere di formazione delle sottoclassi.

Il giudice che all'interno di una ipotetica classe più ampia, ammette l'azione per un insieme più ristretto di diritti soggettivi omogenei, compie una attività di gestione della controversia che potrebbe essere alternativa alla formazione di due diverse sottoclassi all'interno di un unico giudizio. Ciò può avvenire per diverse ragioni. In primo luogo perché si può ritenere che nella nostra azione di classe questa possibilità sia preclusa, oppure perché si ritiene che il giudice non possa garantire un corretto svolgimento del processo collettivo mediante la nomina di diversi adeguati rappresentanti.

Quel che conta sta nel fatto che il primo giudizio di classe non pone ostacoli all'avvio di un diverso giudizio di classe nei confronti del medesimo convenuto; secondo giudizio che sarà connesso con il primo in via di *causa petendi* o per connessione oggettiva impropria, con eventuale possibilità di riunione delle cause connesse *ex art. 274 c.p.c.*

Potrà verificarsi anche l'ipotesi in cui sin dall'inizio le due domande vengano proposte cumulativamente ai sensi dell'art. 103, comma primo, c.p.c., magari mediante una stessa ed unica associazione rappresentativa *ex art. 137 c. cons.* a cui sia stato

⁹⁰ Cfr. *retro*, § 2.3.

previamente conferito il mandato da parte dei due distinti consumatori proponenti.

In conclusione, quindi, va osservato che, diversamente da quel che accade di regola, i limiti oggettivi dell'effetto consumativo, non dovranno essere valutati solo sulla base del contenuto della pronuncia di merito passata in giudicato che chiude il giudizio di classe, ma anche sulla base del contenuto dell'ordinanza che definisce i caratteri dei diritti omogenei tutelati con l'azione.

Infatti:

a) riguardo ai consumatori che hanno aderito correttamente (classe attiva), la sentenza collettiva condurrà all'accertamento del loro diritto consumando il potere di azione individuale e di classe;

b) riguardo ai consumatori che avrebbero potuto aderire e non l'hanno fatto (classe passiva), si produce comunque l'effetto consumativo del potere di azione di classe;

c) riguardo ai consumatori aderenti poi esclusi e riguardo ai consumatori che, sulla base del contenuto dell'ordinanza di ammissibilità, non hanno aderito, il potere di azione di classe, sempre che ne ricorrano i presupposti, rimane fermo, oltre ovviamente al loro potere di azione individuale.

5. *Il rapporto tra l'azione collettiva inibitoria e l'azione collettiva risarcitoria di classe*

5.1. *Premessa*

Alle questioni sinora indicate se ne aggiunge un'altra che, nell'assenza di una puntuale regolamentazione da parte del legislatore, appare particolarmente problematica: ci riferiamo al rapporto tra le azioni inibitorie collettive già previste dal codice del consumo e la nuova azione risarcitoria di classe.

I quesiti che si aprono sono molteplici e tra questi i più significativi appaiono i seguenti.

In primo luogo occorre chiedersi in quale misura l'introduzione del nuovo art. 140-*bis* influisca sulla configurazione dog-

matica da dare alle azioni collettive inibitorie già presenti nel nostro ordinamento.

In secondo luogo, risolto il precedente quesito, occorre domandarsi che tipo di coordinamento processuale possa essere instaurato tra i diversi giudizi collettivi ed in particolare se sia possibile un esercizio congiunto delle diverse azioni.

Sia il primo che il secondo interrogativo aprono scenari di riflessione densi di delicate questioni da risolvere.

Il primo passo da compiere per fare chiarezza è senz'altro costituito dal ricordare in breve i profili funzionali e strutturali che caratterizzano la tutela inibitoria.

A tal proposito occorre innanzitutto portare l'attenzione sulle radici sostanziali sottese alla tutela inibitoria⁹¹, in quanto la specificità di tale forma di tutela dichiarativa trova tutta fondamento nella natura degli obblighi posti in capo al titolare passivo del rapporto ai fini del soddisfacimento degli interessi giuridici materiali appartenenti al titolare del diritto: tali obblighi, infatti, hanno contenuto negativo e continuativo, ovvero mirano a provocare l'astensione del soggetto passivo riguardo a comportamenti lesivi o potenzialmente lesivi del bene giuridico protetto.

Più in particolare, dalla natura continuativa dell'obbligo deriva la seguente circostanza: quando l'obbligo è inadempito, ovvero si realizza un illecito, da un lato, sorgono i diritti c.d. conseguenti a contenuto risarcitorio e/o ripristinatorio, dall'altro, detto obbligo non viene ad estinguersi, ma continua a gravare in capo alla parte passiva del rapporto.

Così, a seguito di un unico illecito, la tutela giurisdizionale si dirige in due diverse direzioni assolutamente coesenziali e complementari in ordine alla restaurazione dell'ordine giuridico violato: quelle dichiarativa di condanna in funzione repressiva e riparatoria avente ad oggetto il diritto al risarcimento del danno o la *restitutio in integrum* e quella inibitoria in funzione preventiva e specificativa avente ad oggetto l'obbligo negativo inadempito.

⁹¹ In argomento, oltre al già citato *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., spec. p. 437 ss., p. 585, nota 176, v. la recente voce di CARNEVALE, V., *Tutela inibitoria*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., *Aggiornamento*, III, Torino, 2007, p. 1230 ss.

Questa meccanica si riproduce inalterata nella sua matrice essenziale anche in riferimento alla tutela giurisdizionale collettiva⁹², sebbene con qualche particolarità e complicazione in più rispetto al campo puramente individuale.

Ragionando in diretto riferimento alla tutela dei consumatori, il quadro tracciato dalla tutela giurisdizionale in occasione della violazione dell'obbligo sostanziale si articola lungo tre direzioni.

A fronte di un unico illecito, sorgono tre diverse azioni collettive:

a) l'azione collettiva inibitoria, nella forma particolare prevista dall'art. 37 c. cons., per l'inibizione dell'uso delle clausole abusive, o in quella generale prevista dall'art. 140, comma 1, lett. a), c. cons., per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori; azione con la quale si invoca una tutela a carattere preventivo volta ad ottenere l'accertamento specificativo di quello stesso obbligo sostanziale di astensione che già prima dell'illecito gravava sulla parte passiva del rapporto;

b) l'azione collettiva di rimozione prevista in posizione ancillare all'azione inibitoria dall'art. 140, comma 1, lett. b), c. cons., a tutela anch'essa – data la prevalente interpretazione giurisprudenziale⁹³ – di un interesse collettivo; azione con la quale si ottiene una tutela ripristinatoria diretta a provocare l'adozione delle misure idonee a correggere o eliminare gli effetti *lato sensu* dannosi di ordine collettivo che sono stati accertati;

c) l'azione collettiva di classe a contenuto risarcitorio e restitutorio prevista dall'art. 140-bis c. cons. con la quale si ottiene la condanna diretta a ristorare la lesione prodotta nella sfera giuridica dei singoli consumatori in concreto colpiti dall'illecito.

⁹² Cfr. PAGNI, I., *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 349 ss., spec. p. 358, che mettendo a confronto l'azione ex art. 140 c. cons. con quella ora prevista dall'art. 140-bis c. cons. rileva la sussistenza di un evidente «continuità dei rimedi». Sui rapporti tra tutela preventiva e tutela repressiva nell'ottica del principio di effettività della tutela giurisdizionale, v. ancora PAGNI, I., *Tutela specifica e tutela per equivalente, Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2005, p. 39 ss.

5.2. *L'azione collettiva inibitoria dopo l'introduzione dell'azione di classe*

Chiarito il quadro generale delle azioni collettive a favore dei consumatori, è ora possibile affrontare il primo dei quesiti poc'anzi formulati, ovvero comprendere quale sia l'impatto del nuovo art. 140-*bis* c. cons. sulla configurazione dei rimedi già esistenti ed in particolare sull'azione collettiva inibitoria.

Un primo dato pare abbastanza scontato: con l'arrivo di uno specifico rimedio volto ad ottenere la condanna della parte imprenditoriale al pagamento delle somme dovute a titolo di risarcimento o restituzione appare sufficientemente certo che gli «effetti dannosi» a cui si riferisce l'art. 140, comma 1, lett. *b*), *c*. cons. debbano essere intesi – come già ritenuto dalla giurisprudenza – in senso improprio⁹⁴.

⁹³ Per la controversa interpretazione della lett. *b*) dell'art. 140 c. cons., v., il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., spec. p. 810 ss. Più di recente, v. peraltro anche le osservazioni di DE SANTIS, A.D., *Questioni in tema di tutela inibitoria collettiva, misure «ripristinatorie» e reintegrazione patrimoniale in favore dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2800 ss.; PAGNI, I., *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, cit.; MARINUCCI, E., *Il rapporto fra le azioni collettive previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione collettiva risarcitoria*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1024 ss.; SANTANGELI, F., *Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento con gli strumenti di tutela collettiva*, cit., p. 8 ss.

⁹⁴ Cfr. in questo senso, anche ZUFFI, B., *La duplice débauche subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di relcamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio per il diniego dell'accesso agli atti della Banca d'Italia*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2612 ss., spec. p. 2618. Sussiste, peraltro, un indiscutibile profilo d'interferenza tra «le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate» e i diritti al risarcimento del danno o alle restituzioni, come rileva puntualmente MARINUCCI, E., *Il rapporto fra le azioni collettive previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 1030. Prima dell'introduzione dell'art. 140-*bis* c. cons., solo la sistematica dell'ontologica contrapposizione tra interesse individuale e interesse collettivo è, infatti, riuscita ad impedire che tra «le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate» rientrassero anche i diritti al risarcimento del danno o alle restituzioni a favore dei consumatori lesi. Ora, presente un rimedio appositamente volto alla tutela degli interessi individuali a contenuto risarcitorio e restitutorio di somme di denaro, il contenuto delle misure idonee avvizisce ulteriormente e deve essere limitato alla rimozione degli effetti a dimensione

Ciò significa che l'ordine di rimozione degli effetti che può essere ottenuto all'interno del giudizio *ex art. 140 c. cons.* potrà avere ad oggetto quei comportamenti di segno contrario rispetto a quelli posti in essere illegittimamente dalla parte imprenditoriale ed anche eventualmente restauratori di lesioni arrecate ai singoli, ma non aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro.

Un secondo profilo su cui occorre riflettere – più problematico del primo – è invece costituito dal regime di legittimazione ad agire previsto nei due diversi rimedi.

È evidente, infatti, che l'attuale assetto legislativo presenti segni manifesti di schizofrenia.

Gli artt. 139 e 140 individuano come soggetti legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori le associazioni riconosciute ai sensi dell'art. 137 c. cons. e secondo l'opinione prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, questo riconoscimento avviene a titolo esclusivo, cioè escludendo che anche i singoli consumatori possano agire per ottenere i provvedimenti elencati dall'art. 140 c. cons.⁹⁵

La nuova formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons., invece, prevede – come visto – che la domanda di classe possa essere proposta da ciascun componente della classe per la tutela dei diritti individuali omogenei di tutti i consumatori colpiti dall'illecito.

Il nuovo regime, quindi, sconfessa in radice l'idea secondo cui la tutela degli interessi a dimensione non puramente individuale debba essere affidata a soggetti istituzionalmente rappresentativi di tali interessi.

Questo tipo di soluzione, come già ricordato precedentemente⁹⁶, è stata sostenuta per anni all'interno del nostro ordinamento sulla base della nota e distorta considerazione secondo cui

collettiva di cui non si occupa l'azione di classe, un po' come accade ancor più plasticamente con l'ordine di rimozione previsto in materia antidiscriminatoria (su cui v. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 669 ss.).

⁹⁵ Per riferimenti, v. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 802 ss.

⁹⁶ Cfr. *retro*, cap. III, § 3.2.4.2.1.

l'interesse collettivo è interesse di tutti e di nessuno al contempo, necessitando, per poter accedere alla tutela giuridica, di essere imputato ad un ente esponenziale affidabile che ne realizzi la sintesi organizzatoria.

Oggi, con l'arrivo dell'art. 140-*bis* c. cons., che finalmente sottrae il singolo alla sua inanità, risulta ancor più irragionevole continuare a ritenere che il regime di legittimazione ad agire previsto per l'azione inibitoria collettiva costituisca una soluzione accettabile sul piano della disciplina positiva ed in ogni caso non modificabile sul piano interpretativo.

Di contro, bisogna anche aggiungere che la stessa disciplina prevista dall'art. 140-*bis* c. cons., come già visto addietro⁹⁷, va oltre il dovuto, poiché, nel dare adeguato riconoscimento ai singoli consumatori, riserva agli altri legittimati collettivi un ruolo formalmente subordinato, tradendo – così – la comune convinzione che l'effettività della tutela giurisdizionale collettiva si persegua sul piano della legittimazione ad agire aprendo il più possibile il fronte dei legittimati.

Il risultato complessivo a cui conduce l'attuale regime normativo è comunque il seguente.

Da un lato, l'associazione riconosciuta *ex art.* 137 c. cons., è adeguatamente rappresentativa e legittimata ad agire in via collettiva inibitoria, ma non risarcitoria.

Dall'altro, il singolo consumatore, può, se adeguatamente rappresentativo e privo di conflitti d'interessi, agire in forma collettiva risarcitoria, ma non inibitoria.

Oltre ai due profili appena indicati, va anche evidenziato che l'arrivo dell'azione di classe potrebbe in ipotesi influire sulla natura stessa dell'azione collettiva inibitoria, ovvero influire sulla determinazione del suo oggetto e dei suoi effetti.

A tal riguardo, si riteneva piuttosto comunemente che la sentenza di merito resa nel processo collettivo inibitorio statuisse circa l'esistenza ed il modo d'essere dell'obbligo negativo gravante in capo alla parte imprenditoriale, ma era dubbio se l'am-

⁹⁷ Cfr. *retro*, cap. II, § 1.

bito dell'accertamento potesse ritenersi più esteso rispetto a quanto appena indicato.

Il problema riguardava fundamentalmente la possibilità di accertare con efficacia di giudicato anche l'illiceità della condotta plurioffensiva o eventualmente, nel caso previsto dall'art. 37 c. cons., l'abusività della clausola contrattuale impiegata o raccomandata dal professionista.

Senza entrare nell'esame dettagliato delle diverse letture⁹⁸, in sintesi estrema le opzioni prospettate erano tre:

a) l'illecito o l'abusività della clausola contrattuale sono oggetto di mera cognizione, cioè di accertamento logico, ma non autoritativo;

b) l'illecito o l'abusività della clausola sono accertate con efficacia di giudicato e il giudicato opera *erga omnes*, cioè oltre le parti del processo;

c) l'illecito o l'abusività della clausola sono accertate con efficacia di giudicato e tale efficacia si estende *ultra partes*, ma *secundum eventum litis*.

Ora, con l'avvento dell'azione di classe risarcitoria, bisogna comprendere quale soluzione tra quelle appena indicate risulti maggiormente plausibile sul piano sistematico.

A tal riguardo va subito detto che la tesi dell'efficacia *erga omnes*, superabile già su un piano di riflessione generale⁹⁹, non può di certo essere accolta in questo specifico ambito in ragione del comma 14 dell'art. 140-*bis* c. cons., che ha previsto per l'azione di classe un regime degli effetti della decisione basato proprio sulla libera scelta del consumatore di avvantaggiarsi o meno del giudizio collettivo; escludendo, di contro, l'opposto regime di *opt-out* e sconfessando così le soluzioni propense ad estendere *ultra partes* gli effetti vincolanti del giudicato collettivo sulla base della natura non puramente individuale degli interessi tutelati¹⁰⁰.

⁹⁸ Cfr. il nostro *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 437 ss., 785 ss.

⁹⁹ Cfr. il nostro *tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 459 ss.

¹⁰⁰ Cfr. il nostro *tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 250, 253 ss., 475, nota 131, 486, nota 149, 831, nota 152.

Riguardo, invece, alla tesi che ammette l'estensione del giudicato favorevole, per almeno due diverse ragioni il discorso è più complesso di quel che appare a prima vista.

In primo luogo occorre tener presente la prospettiva sistematica e condurre la riflessione in un contesto più generale, ovvero comprensivo anche degli altri strumenti di tutela giurisdizionale collettiva presenti in altre aree del nostro ordinamento.

In secondo luogo, l'imperfetto coordinamento tra l'azione collettiva inibitoria e l'azione di classe suggerisce di adottare una particolare cautela, volta a verificare quale soluzione interpretativa sia idonea più delle altre a garantire un adeguato livello di protezione degli interessi dei consumatori.

Il primo passo da compiere è, allora, costituito dal comprendere le ragioni che hanno indotto parte della dottrina ad accogliere la tesi indicata *sub c*).

Queste ragioni sono in breve le seguenti.

In un ordinamento in cui non esistevano rimedi collettivi risarcitori, il ritenere che l'illecito plurioffensivo o la clausola abusiva da cui trae origine la richiesta inibitoria fossero oggetto di accertamento autoritativo rispondeva ad un'imprescindibile esigenza di effettività della tutela giurisdizionale.

Difatti, solo muovendo da tale premessa, era poi possibile ritenere che, chiuso il giudizio collettivo, i soggetti che avessero voluto ottenere il risarcimento derivante dalla condotta plurioffensiva o dall'applicazione della clausola avrebbero potuto avvantaggiarsi del giudicato collettivo all'interno del giudizio individuale successivamente instaurato.

Occorre allora chiedersi se questa ricostruzione, tuttora valida negli ambiti in cui non sussistono specifici rimedi collettivi risarcitori, lo sia anche ed ancora in materia dei consumatori a seguito dell'approvazione del nuovo art. 140-*bis* c. cons.

Si potrebbe, infatti, pensare che con il nuovo strumento ed in particolare con il prevedere la possibilità di una pronuncia meramente dichiarativa della responsabilità, il legislatore abbia voluto in questo ambito dettare una disciplina specifica di coordinamento tra tutela collettiva e tutela individuale mettendo

fuori gioco le tesi favorevoli ad ammettere una estensione *ultra partes* degli effetti favorevoli del giudicato collettivo inibitorio¹⁰¹.

Forse in prima approssimazione potrebbe apparire questa la soluzione più equilibrata, ma, guardando più in profondità le cose, non mancano argomenti di segno opposto.

Occorre, infatti, tener conto del fatto che la tutela collettiva inibitoria, come puntualmente osservato¹⁰², è molto più agevole e meno macchinosa della tutela di classe, sicché qualora si ritenga che la sentenza meramente dichiarativa della responsabilità accerti solo l'esistenza di un fatto potenzialmente produttivo di danno, escludere l'estensione *ultra partes* degli effetti favorevoli del giudicato collettivo inibitorio, significherebbe imporre ai consumatori una strada molto più lunga e complessa per ottenere risultati piuttosto modesti.

Non a caso, in riferimento ai progetti di legge che hanno anticipato la prima formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons., la dottrina aveva già evidenziato quanto poco utile fosse una azione di classe limitata al solo mero accertamento, proprio richiamando l'attenzione sugli effetti già conseguibili mediante l'esercizio dell'azione collettiva inibitoria¹⁰³.

Inoltre, in relazione al nuovo art. 140-*bis* c. cons., parte della dottrina ha ritenuto inammissibile una domanda di classe limitata all'accertamento di mere questioni, proprio osservando che tale risultato è già sostanzialmente conseguibile con l'inibitoria collettiva, cioè assumendo come premessa la perdurante possibilità di configurare l'azione inibitoria collettiva nei termini anzidetti¹⁰⁴.

¹⁰¹ Così, puntualmente, CHIARLONI, S., *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, cit., p. 1847.

¹⁰² COSTANTINO, G.-CONSOLO, C., *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 985 ss., spec. p. 988; COSTANTINO, G., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 1137.

¹⁰³ Cfr., CHIARLONI, S., *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 567 ss., spec. p. 583.

¹⁰⁴ MENCHINI, S., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1415 ss.

Sulla base di queste considerazioni non pare così irragionevole ritenere che l'art. 140-*bis* c. cons. si aggiunga meramente agli strumenti di tutela processuale già presenti nel nostro ordinamento senza andare a modificare in senso peggiorativo il fronte della tutela giurisdizionale degli interessi dei consumatori.

Si potrebbe cioè ritenere che l'azione inibitoria debba continuare ad essere configurata come in precedenza e che accanto a questa si collochi un nuovo rimedio – l'azione di classe – che in realtà è senz'altro primariamente diretto a fornire una tutela di condanna e solo in talune ipotesi può venire a lambire i limiti della tutela già offerta dall'azione collettiva inibitoria.

Va inoltre osservato che l'azione di classe, anche quando è esercitata solo per ottenere la dichiarazione di responsabilità della parte imprenditoriale, possiede una funzione diversa e potenzialmente più ampia dell'azione inibitoria per due essenziali motivi: in primo luogo vi possono essere illeciti rispetto ai quali manca l'interesse ad agire in via inibitoria, come ad esempio accade nei casi in cui il comportamento dannoso sia già cessato e si voglia unicamente ottenere una tutela riparatoria a contenuto risarcitorio o restitutorio; in secondo luogo, come visto addietro, è dubbio che la pronuncia dichiarativa della responsabilità sia limitata all'accertamento del fatto potenzialmente dannoso e non si estenda anche a componenti ulteriori della fattispecie, quali ad esempio, oltre ai criteri omogenei per la liquidazione, il nesso di causalità¹⁰⁵.

La soluzione che si prospetta come quella più vicina all'esigenza di tutelare in maniera più adeguata ed effettiva gli interessi dei consumatori è allora forse quella di far coesistere i due rimedi ognuno con le proprie particolarità, cioè senza operare una lettura riduttiva né dell'uno né dell'altro¹⁰⁶: ad esempio rite-

¹⁰⁵ Cfr. *retro*, § 3.3.3.

¹⁰⁶ Così, COSTANTINO, G.-CONSOLO, C., *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, cit., p. 988, che, interrogandosi sulla possibilità di cumulo delle due azioni, ritengono «più utile chiedere soltanto l'inibitoria, che implica comunque l'accertamento della responsabilità, e poi esercitare autonomamente l'azione collettiva risarcitoria o quelle individuali».

nendo che l'inibitoria non possa dar luogo all'accertamento dell'illecito, o di contro ritenendo che l'azione di classe non possa essere ammessa qualora la tutela richiesta sia meramente dichiarativa ai sensi del comma 12 dell'art. 140-*bis* c. cons.

5.3. *Gli ostacoli al simultaneus processus*

Dalle riflessioni sinora svolte dovrebbe risultare piuttosto chiaro che i rimedi collettivi previsti dal codice del consumo, complessivamente intesi, concorrono nel dare «tutto quello e proprio quello» che i consumatori hanno diritto di ottenere in base alle norme sostanziali dell'ordinamento¹⁰⁷, sicché la soluzione che doveva essere adottata dal legislatore era senz'altro costituita dal prevedere la perfetta cumulabilità dei diversi rimedi collettivi ora presenti nel codice del consumo¹⁰⁸.

Tuttavia, di tale profilo il legislatore non pare essere stato molto consapevole¹⁰⁹, infatti, al coordinamento tra diverse iniziative giudiziali l'art. 140-*bis* c. cons. ha dedicato solo il comma 10, escludendo l'intervento di «terzi» ai sensi dell'art. 105 c.p.c., e il comma 14, in riferimento alle azioni di classe proposte sulla base dei medesimi fatti e contro lo stesso convenuto.

Paradossalmente il legislatore ha preso atto di una esigenza di coordinamento nell'ipotesi in cui sui fatti rilevanti ai fini del decidere sia in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente o davanti al giudice amministrativo, secondo quanto prescrive il comma 6 dell'articolo, ma non ha previsto alcun meccanismo di coordinamento tra l'azione collettiva inibitoria e quella collettiva risarcitoria di classe, nonostante negli ordinamenti stra-

¹⁰⁷ Cfr. MARINUCCI, E., *Il rapporto fra le azioni collettive previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 1025.

¹⁰⁸ In questo senso, v. anche SANTANGELI, F., *Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento con gli strumenti di tutela collettiva*, cit., p. 3 ss., spec. p. 7.

¹⁰⁹ Rileva l'assoluta mancanza di norme destinate al coordinamento con gli artt. 37 e 140 c. cons., SANTANGELI, F., *Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento con gli strumenti di tutela collettiva*, cit., p. 3.

nieri in cui sussistono entrambi i rimedi il loro esercizio cumulativo sia pacifico.

In altri termini il legislatore, rispetto al dibattito sviluppatosi in riferimento alla precedente formulazione del rimedio, ha dato risposta solo ad alcune delle esigenze di funzionamento che la dottrina aveva prontamente segnalato: quella di semplificare al massimo il giudizio di collettivo escludendo che i consumatori della classe possano anche intervenire, nonché quella di garantire l'unicità dell'azione di classe.

In questa limitata cornice positiva, quindi, la possibilità di dar luogo ad un unico procedimento in cui sia possibile esercitare le diverse azioni collettive dipende dalle norme che ordinariamente sono rivolte a favorire il *simultaneus processus*.

Tuttavia tali norme sono assolutamente inadeguate a garantire l'esigenza di coordinamento ora indicata, in quanto elaborate in riferimento alle azioni individuali, cioè, come visto sin dall'inizio della nostra riflessione, riguardo a procedimenti giurisdizionali che si sviluppano in un quadro di finalità maggiormente semplificato rispetto ai giudizi collettivi.

Cercando, allora, di cogliere quantomeno una serie di criteri di indirizzo per cercare di portare un po' di luce sulla questione, occorre in primo luogo puntualizzare le variabili di cui tener conto¹¹⁰.

Sul piano del rito, l'azione inibitoria collettiva si svolge in un procedimento che, salvo qualche particolarità, è quello ordinario di cognizione davanti al tribunale che decide in composizione collegiale, mentre le regole di competenza territoriale sono quelle ordinarie.

¹¹⁰ Sul punto, v. in particolare COSTANTINO, G., *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140-bis del Codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio di ammissibilità*, cit., p. 1137 s., che peraltro ritiene che gli ostacoli al *simultaneus processus* siano superabili mediante l'applicazione delle regole previste agli artt. 40 e 274 c.p.c.; cfr. anche ZUFFI, B., *La duplice débauche subita dalla prima azione di classe: la declaratoria di inammissibilità emessa dal Tribunale di Torino (confermata in sede di reclamo) e il rigetto del ricorso proposto avanti al T.A.R. Lazio per il diniego dell'accesso agli atti della Banca d'Italia*, cit., p. 2617 s.

L'azione risarcitoria di classe, invece, si svolge in un procedimento assolutamente speciale, bifasico, ad alto tasso di elasticità, davanti al tribunale che istruisce e decide in composizione collegiale e con le deroghe alla competenza territoriale previste dal comma 4 dell'art. 140-*bis* c. cons.

La ricerca degli elementi di contatto tra le due azioni non è agevole, in quanto dipende dalla specifica concezione che si segue riguardo alle due azioni; ed in ogni caso non è agevole leggerli nella prospettiva tradizionale, sostanzialmente fondata sulla seguente tripartizione: identità delle cause (litispendenza), identità parziale (continenza) e connessione.

Procedendo ad una necessaria semplificazione, nell'azione collettiva inibitoria abbiamo un diritto dell'associazione nei confronti della parte imprenditoriale, tuttavia questo diritto, secondo alcune letture, spetta anche ai singoli consumatori. L'oggetto del giudizio è costituito, se si seguono le regole generali, solo da tale diritto, tuttavia secondo alcune letture può estendersi alla questione pregiudiziale a rilevanza collettiva. L'efficacia del giudicato può essere limitata alle parti del giudizio, oppure – riprendendo quanto detto poc'anzi – si può ritenere che i terzi si possano avvantaggiare degli effetti favorevoli.

Passando all'azione di classe, abbiamo una causa costituita da una pluralità di diritti soggettivi in capo ai consumatori. L'oggetto del giudizio corrisponde a tali diritti, o, se si ammette la sentenza dichiarativa della responsabilità, a meri segmenti di tali diritti. Il giudicato è senz'altro limitato alle parti.

Su queste basi, si nota che le due cause possono condividere le medesime *personae* solo nel caso in cui si ritenga che legittimato ad agire con l'azione collettiva inibitoria sia anche il singolo consumatore. Se si ritiene diversamente, le parti processuali e sostanziali del giudizio non coincidono mai, in quanto l'associazione, nell'azione di classe, agisce come mero rappresentante processuale volontario.

I limiti soggettivi del giudicato sono sempre limitati alle parti e, qualora si ritenga possibile una estensione *ultra partes*, tale forma di efficacia è assai particolare in quanto non opera in-

condizionatamente, ma è rimessa ad una valutazione del terzo che dopo il passaggio in giudicato, può scegliere se avvantaggiarsene o meno in un altro giudizio.

Ciò significa – facendo il punto – che le due azioni sono di regola connesse unicamente in via di *causa petendi* o per mera identità di questioni.

Muovendosi, allora, in questa prospettiva, le possibilità di svolgere un unico giudizio per risolvere tanto la causa inibitoria, quanto quella risarcitoria sono assai ridotte; più ridotte di quanto lo fossero sulla base della precedente formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons.¹¹¹

Gli ostacoli maggiori sono i seguenti.

In primo luogo, in punto di rito¹¹², il nostro ordinamento agevola il *simultaneus processus* mediante l'uniformazione del rito processuale all'art. 40, commi 3, 4, 5, c.p.c., ma tali disposizioni operano solo al ricorrere dei vincoli di connessione previsti dagli artt. 31, 32, 34, 35 e 36 ed in ogni caso prevedono un risultato che non può essere accettato, ovvero la prevalenza del rito ordinario sul rito speciale¹¹³.

¹¹¹ Su cui, a favore dell'esercizio congiunto da parte dell'associazione delle due distinte azioni collettive: v. CHIARLONI, S., *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, cit., p. 1847; DE SANTIS, A.D., *L'azione risarcitoria collettiva*, in CHINÈ, G.-MICCOLIS, G., *Class action e tutela collettiva dei consumatori*, Roma, 2008, p. 265 ss.; DONZELLI, R., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., p. 882 ss.; *contra*, CONSOLO, C., *Profili processuali generali, rito applicabile e fase preliminare del c.d. «filtro» giurisdizionale sull'ammissibilità dell'azione collettiva*, cit., p. 172; MARINUCCI, E., *Il rapporto fra le azioni collettive previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 1026 s.

¹¹² Parte della dottrina aveva rilevato nella diversità del rito processuale un ostacolo al cumulo delle domande collettive all'interno di un unico giudizio già riguardo alla precedente formulazione dell'art. 140-*bis* c. cons.: così, MARINUCCI, E., *Il rapporto fra le azioni collettive previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 1027.

¹¹³ Su queste questioni, v. anche *retro*, cap. II, § 3. In generale, v. MENCHINI, S., *Il processo litisconsortile*, I, *Struttura e poteri delle parti*, Milano, 1993, p. 178 ss. Non pare, invece, ci si debba porre il problema della diversa forma della trattazione: collegiale nell'azione di classe, affidata al giudice istruttore nell'azione inibitoria. In quanto tale profilo è assorbito dal conflitto di regolamentazione riguardante il rito. Con altre parole, se si riuscisse a dimostrare la prevalenza del rito speciale, anche il secondo pro-

Ci sono poi gli ostacoli riguardanti la competenza, in quanto l'azione inibitoria si ritiene segua le regole generali previste agli artt. 18 ss. c.p.c., mentre il comma 4 dell'art. 140-*bis* c. cons., sulla falsa riga della legge in materia di proprietà industriale, prevede come foro inderogabile¹¹⁴ il tribunale del capoluogo di regione in cui ha sede l'impresa, precisando, peraltro, che per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli; sicché il *simultaneus processus* si potrebbe realizzare solo qualora non occorresse operare una deroga alle diverse regole di competenza¹¹⁵.

Va inoltre aggiunto che un ulteriore ostacolo deriva dalla scelta che il legislatore ha adottato in materia di intervento.

Riguardo all'ipotesi che nella pratica potrebbe più frequentemente porsi, occorre, infatti, chiedersi se, superati gli ostacoli interpretativi poc'anzi indicati, l'azione collettiva inibitoria e l'azione collettiva risarcitoria possano essere esercitate rispettivamente dall'associazione rappresentativa *ex* art. 137 c. cons. e dal consumatore componente della classe in regime di litisconsorzio iniziale ai sensi dell'art. 103 c.p.c.

La risposta dovrebbe essere negativa, visto che il litisconsorzio facoltativo successivo in via di intervento è escluso dalla lettera della legge.

blema ora indicato sarebbe risolto senza dover ricorrere alle norme previste con esclusivo riferimento al rito ordinario davanti al tribunale agli artt. 281-*septies* ss. c.p.c.

¹¹⁴ Così, BOVE, M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1019; MENCHINI, S., *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140-bis cod. consumo*, in *www.judicium.it*, § 1; SANTANGELI, F.-PARISI, P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, cit., p. 222 ss.; *contra*, MOTTO, A., in MENCHINI, S.-MOTTO, A., *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 1434 ss., secondo cui il foro in questione è solamente esclusivo e non anche inderogabile, in quanto non risulta applicabile l'art. 28 c.p.c., posto che la partecipazione del p.m. non va ricostruita in termini di intervento necessario, ma facoltativo.

¹¹⁵ Cfr. ancora MENCHINI, S., *Il processo litisconsortile*, cit., p. 166 ss.

Ma se questa è la soluzione, non si può nemmeno ammettere che l'associazione rappresentativa a livello nazionale eserciti l'azione collettiva inibitoria nel giudizio di classe avviato sulla base del mandato conferitole dal consumatore.

Questa possibilità potrebbe essere ammessa, allora, solo sulla base di una dubbia interpretazione riduttiva del comma 10 dell'art. 140-*bis* c. cons.; ritenendo, cioè che i «terzi» ivi richiamati siano solo i consumatori, ai quali per l'appunto spetta unicamente il potere di adesione, e non anche le associazioni già legittimate ai sensi degli artt. 139-140 c. cons., ma, come già visto addietro, un'interpretazione siffatta appare difficilmente praticabile¹¹⁶.

5.4. Conclusioni

Sulla base delle osservazioni ora svolte, sembra piuttosto chiara la difficoltà di trovare una soluzione soddisfacente al problema ora indicato.

D'altro canto occorre svolgere a tal proposito un'ultima considerazione.

I valori in gioco in materia di *simultaneus processus* sono noti: in primo luogo l'economia processuale e l'armonizzazione delle decisioni.

Le norme che il nostro ordinamento prevede per favorire la trattazione e la decisione congiunta delle cause connesse sono state scritte, come già osservato, in riferimento ai giudizi individuali.

In materia collettiva i limiti di quelle regole sono elevati al quadrato se non anche al cubo in ragione della natura plurisoggettiva in senso esteso delle controversie.

L'illegittimità costituzionale di siffatta disciplina emerge allora piuttosto chiaramente, posto che essa si dimostra altamente lesiva dei principi costituzionali non solo riguardo alla ragionevole durata del processo (art. 111, comma 2, Cost.), ma anche in riferimento al principio di effettività della tutela giurisdizionale

¹¹⁶ Cfr. *retro*, cap. II, § 3.

(artt. 3, comma 2, 24, comma 1, Cost.)¹¹⁷; come detto, infatti, la tutela collettiva inibitoria e quella risarcitoria appaiono due diversi momenti di una vicenda giurisdizionale che deve essere imprescindibilmente unitaria allo scopo di garantire ai consumatori il pieno ristoro della lesione subita ai loro interessi e diritti.

¹¹⁷ L'incostituzionalità della disciplina è stata autorevolmente prospettata da LUISO, F.P.-POTOTSCHNIG, P., *Sub art. 103*, in *Codice di procedura civile commentato*, I, diretto da C. Consolo, Milano, 2010, p. 1174.

INDICE DEGLI AUTORI CITATI

I numeri romani indicano i capitoli,
mentre i numeri arabi che seguono indicano le note nelle quali l'Autore è citato

A

ALLORIO, E.: I, 5, II, 26, III, 58, IV, 4, 51.
ALPA, G.: I, 74, 79, II, 31, IV, 31, 57, 93, V, 14, 66.
AMADEI, D.: I, 74, II, 12, 52, III, 34, 79, 129, 137, IV, 7, V, 85.
AMATUCCI, C.: I, 47.
AMBROSI, I.: I, 77.
ANDREWS, N.: I, 75.
ANDRIOLI, V.: II, 15, III, 28, IV, 26, 100, V, 24, 51.
ANSANELLI, V.: IV, 58.
ASCARELLI, T.: II, 39.
ASPREA, S.: V, 38.
ATTARDI, A.: II, 27, III, 3, 31, 122, V, 4.
AULETTA, G.: II, 58.

B

BARBERA, M.: I, 24.
BARCELLONA, M.: IV, 57.
BARNETT, K.: IV, 88.
BARRA CARACCILOLO, F.: I, 74.
BASILICO, G.: III, 6, 24, 28, 31, 57.
BELLI, C.: I, 74.
BENVENUTO, S.L.: I, 77.
BETTI, E.: V, 4.
BIAVATI, P.: I, 31.
BILICH, E.K.M.: III, 73, 97, 138.
BOLOGNESI, R.: III, 3.

BONA, M.: I, 74.
BOVE, M.: I, 74, 77, II, 43, 48, 52, 62, 63, 65, 69, 70, III, 33, 35, 43, 47, 51, 102, 129, 137, 144, 157, IV, 6, 31, 93, IV, 105, 119, 123, 124, 128, V, 8, 29, 63, 85, 86, 114.
BRIGUGLIO, A.: I, 74, II, 12, III, 78, 79, 102, 107, IV, 6, V, 48.
BUCCIOLI, F.: I, 77.
BUONCRISTIANI, D.: I, 10.
BUSNELLI, F.D.: V, 4, 66.
BUZZELLI, P.: I, 74, III, 67.

C

CALAMANDREI, P.: I, 1, 17, II, 15.
CAMILLETTI, F.: I, 74.
CANTAFIO, A.: III, 6.
CAPECCHI, M.: IV, 57.
CAPONI, R.: I, 32, 39, 48, 74, 77, 81, 84, 85, II, 14, 31, 43, 44, 51, 52, 75, III, 47, 51, 54, 79, 102, 147, IV, 12, 31, 93, 120, V, 3, 6, 29, 33, 47, 48, 85.
CAPPALLI, R.B.: I, 31.
CAPPELLETTI, M.: I, 37, 38, III, 89, IV, 80.
CARBONE, V.: IV, 57.
CARCATERRA, G.: II, 58.
CARIOTA FERRARA, L.: II, 58.
CARNACINI, T.: I, 5, 13.
CARNELUTTI, F.: I, 32, 50, II, 22, 39, 52, 55, 72, IV, 1, V, 51, 66, 70.

- CARNEVALE, V.: V, 91.
 CARRATTA, A.: I, 11, 12, 16, 30, 74, II, 2, 3, 47, 52, 59, III, 2, 17, 47, 79, 94, 95, 102, 107, 121, IV, 6, 125, IV, 85.
 CASSARINO, S.: II, 58.
 CASSELS, J.: I, 40.
 CASTRONOVO, C.: V, 66.
 CATALDI, M.: V, 38.
 CAVALLINI, C.: V, 67.
 CAVALLONE, B.: I, 10, 15.
 CECHELLA, C.: II, 16.
 CENDON, P.: IV, 57.
 CERINO CANOVA, A.: I, 3.
 CERRI, A.: II, 58.
 CHAYSE, A.: I, 70.
 CHIARLONI, S.: I, 12, 17, 30, 46, 74, II, 59, III, 102, IV, 6, 98, 102, V, 101, 103, 111.
 CHIEU, T.: I, 31.
 CHIOVENDA, G.: I, 7, II, 24, 25, 55, IV, 1, 26, V, 4.
 CHIZZINI, A.: III, 35.
 CICCHITI, V.E.: IV, 54.
 CIPRIANI, F.: III, 3.
 CIVININI, M.G.: III, 6, 9, 16, 27, 28, 36.
 COFFEE, J.C. JR.: III, 98.
 COGNETTI, S.: IV, 6.
 COMOGGIO, L.P.: I, 10, IV, 44, 47, 58.
 CONSOLO, C.: I, 3, 30, 31, 74, 77, 79, 85, II, 12, 29, 31, 41, 42, 44, 46, 48, 49, 51, 52, 59, 66, 75, III, 1, 17, 33, 55, 119, 144, IV, 11, 31, 93, 95, 98, 102, 105, 119, V, 18, 29, 48, 76, 85, 86, 102, 106, 111.
 CONTE, A.: I, 34, 52, 54, 65, 68, III, 68, 73, 80, 97, 131, IV, 77, 78, 86.
 CONTE, G.: II, 8, 10, 44, 48, 49, 67, III, 106, 144, IV, 31, 93, 106, 119, V, 14, 18, 30, 86.
 CORDERO, F.: II, 58, V, 66.
 COSSIGNANI, F.: I, 9.
 COSTA, S.: II, 55.
 COSTANTINO, G.: I, 30, 39, 77, 85, II, 29, 46, 59, 66, III, 17, 21, 33, 34, 47, 67, 102, IV, 31, 93, 102, 127, V, 29, 36, 47, 48, 79, 83, 102, 106, 110.
- D
- D'AGOSTINO, G.: II, 39.
 D'ALFONSO, G.: I, 74, 77.
 DALFINO, D.: I, 9, 74, III, 47, IV, 1, 6, V, 45, 85.
 DALMOTTO, E.: IV, 44.
 DAM, K., W.: I, 49.
 DANОВI, F.: III, 15.
 DAURIA, M.: I, 77.
 DE ANGELIS, L.: IV, 54.
 DE CRISTOFARO, M.: I, 32, 77, II, 12, 33, 52, 59, III, 144, V, 29, 86.
 DE SANTIS, A.D.: I, 28, 74, 77, 85, II, 29, 75, III, 17, 21, 67, 79, 83, 87, 102, 137, IV, 31, 91, 93, 105, 106, 107, 109, 112, 114, 116, 118, 120, V, 30, 31, 45, 48, 61, 93, 111.
 DE SANTIS, F.: III, 17.
 DENTI, V.: I, 18, 21, 82, 87, II, 34, IV, 13, 53, 58.
 DI SABATO, D.: I, 74.
 DOMINIONI, O.: IV, 58.
 DURAND, A.L., IV, 88.
- F
- FABBRINI, G.: II, 19.
 FABIANI, E.: I, 10, 11.
 FALZEA, A.: V, 4.
 FANETTI, F.R.: I, 77.
 FAVA, P.: I, 30.
 FAVA, R.: I, 4.
 FAZZALARI, E.: II, 16, 58, IV, 26, V, 4.
 FEDERAL JUDICIAL CENTER: I, 65, 71, III, 99, IV, 77, 79, 86.
 FEOLA, M.: V, 66.
 FERRI, C.: IV, 27.
 FIORIO, P.: I, 39, 77, 85, II, 6, 9, 12, 52, 59, 75.
 FISS, O.M.: I, 38.

- FLEMING, J.G.: I, 41, 45.
 FORCHIELLI, P.: IV, 57.
 FORMICHELLI, D.: I, 30.
 FRANCHI, G.: IV, 26, 27.
 FRANZONI, M.: V, 6.
 FRASCA, R.: II, 15.
 FRATA, L.: I, 75, 77.
 FREZZA, G.: I, 48.
 FRIGNANI, A.: I, 31, 77, V, 37.
 FROSINI, V.: II, 58.
 FURNO, C.: II, 22.
- G
- GALANTER, M.: I, 38.
 GALGANO, F.: I, 42.
 GALLI, P.: II, 39.
 GAMBA, C.: I, 32, IV, 36, 56.
 GARBAGNATI, E.: I, 29, II, 27, 52, 55,
 58, IV, 100.
 GERI, V.: IV, 57.
 GHIDINI, G.: I, 42.
 GHIRGA, M.F.: III, 122.
 GIANNOZZI, G.: IV, 26.
 GIDI, A.: IV, 90.
 GILLES, M.: I, 58.
 GIORGETTI, A.: I, 31.
 GIORGETTI, M.: V, 5.
 GITTI, G.: I, 74.
 GIUGGIOLI, P.F.: I, 30, 77.
 GIUSSANI, A.: I, 30, 31, 34, 46, 47, 58,
 74, 77, 81, 85, II, 6, 14, 29, 47, 48,
 52, 53, 75, III, 21, 47, 58, 59, 67,
 102, 118, 144, 146, 147, 159, 153,
 160; IV, 12, 14, 19, 31, 62, 92, 93,
 105, 106, 110, 115, 119, V, 29, 31,
 52, 58, 86.
 GORLA, G.: V, 70.
 GRASSO, E.: I, 4, III, 89, 103.
 GUARINO, G.: II, 58.
 GUARRIELLO, F.: IV, 51.
 GUASTADISEGNI, F.: I, 77.
 GUERNELLI, M.: I, 77, II, 6, 14, 43, III,
 35, 47, 55, 64, 147, IV, 31, 106,
 114, 127, V, 14, 86.
- H
- HEINITZ, E.: V, 4.
 HENSLER, D.R.: I, 44.
- I
- INZITARI, B.: V, 66.
 IRTI, N.: IV, 24.
- J
- JAFFE, L.L.: II, 38.
 JHERING, V.: I, 6.
 JONES, C.: I, 40, IV, 76.
 JULIAN, P.: IV, 88.
- K
- KALVEN, H. JR.: I, 47.
 KAPLAN, B.: III, 20.
 KLONOFF, R.H.: III, 68, 73, 97, 131,
 138, V, 15.
- L
- LENER, A.: II, 58.
 LIBERTINI, M.: II, 29, III, 67.
 LIEBMAN, E.T.: I, 14, 18, 22, 25, V, 4.
 LOGOLUSO, F.: I, 77.
 LOMBARDO, L.: IV, 58.
 LUISO, F.P.: II, 12, 44, V, 117.
 LUMINOSO, A.: II, 9.
- M
- MACEY, J.R.: II, 98.
 MAIORCA, C.: V, 66.
 MALINA, M.: IV, 88.
 MALVEAUX, S.M.: III, 73, 97, 138.
 MANDRIOLI, C.: I, 66, II, 55, III, 7, IV,
 26, 27.

- MARENGO, R.: I, 30, 31, 42, II, 3, IV, 90.
- MARINELLI, M.: III, 122.
- MARINUCCI, E.: I, 30, V, 93, 107, 111, 112.
- MAUGERI, M.: II, 29, III, 67.
- MAZZONI, C.M.: I, 42.
- MENCHINI, S.: I, 8, 10, 39, 74, 77, 81, II, 6, 15, 29, 33, 39, 43, 51, 52, 67, 68, III, 35, 37, 43, 46, 47, 65, 67, 75, 79, 84, 117, 139, 143, 144, 147, 161, IV, 12, 19, 21, 26, 31, 45, 93, 105, 11, 113, 122, 124, V, 29, 76, 85, 86, 89, 104, 113, 115.
- MENESTRINA, F.: IV, 1.
- MEUCCI, S.: I, 74.
- MEZZASOMA, L.: I, 30.
- MICHELI, G.A.: II, 27.
- MILLER, A.R.: III, 59.
- MILLER, G.P.: III, 98.
- MINERVINI, E.: I, 29.
- MONAHAN, J.: IV, 67, 69.
- MONATERI, P.G.: IV, 57.
- MONTELEONE, G.: I, 15, II, 15.
- MONTESANO, L.: II, 15, III, 12, 13, IV, 26, V, 51.
- MORABITO, V.: II, 38.
- MORENO, C.: I, 74.
- MOTTO, A.: I, 39, 77, III, 17, 33, 35, 43, 46, 47, 56, 72, 81, 87, 102, 129, 137, 139, IV, 46, 55, 93, 95, 105, 112, 124, 128, 130, V, 8, 14, 16, 18, 29, 47, 48, 76, 79, 89, 114.
- MULHERON, R.: I, 31, 34, 52, 54, 59, 81, II, 36, III, 68, 69, 76, 97, 130, 156, IV, 88.
- MURRA, R.: II, 55.
- N
- NAGAREDA, R.A.: I, 40.
- NEWBERG, H.: I, 34, 52, 54, 65, 68, III, 68, 73, 80, 97, 131, IV, 77, 78, 86.
- NIX., A.S.: I, 43.
- NUTI, V.: IV, 92.
- O
- OLIVIERI, G.: III, 17.
- OLSON, M.: I, 36.
- OLSON, W.: I, 48.
- P
- PACE, A.: I, 77, III, 21.
- PAGLIARO, A.: IV, 57.
- PAGLIETTI, M.C.: I, 42.
- PAGNI, I.: I, 77, II, 43, 52, 62, III, 33, 47, 129, IV, 105, 121, 124, V, 92, 93.
- PALMIERI, A.: I, 74, II, 5, 79-
- PALOMBA, A.: IV, 92.
- PARISI, F.: I, 48.
- PARISI, P.: I, 77, II, 6, 33, III, 102, 137, 147, IV, 93, 95, V, 14, 18, 22, 30, 37, 114.
- PELLEGRINI GRINOVER, A.: IV, 18, 90.
- PERASSI, T.: II, 58.
- PETERSON, M.A.: I, 44.
- PICCININI, V.: V, 66.
- PODDIGHE, E.: I, 40, IV, 39, 66.
- POGGESCHI, R.: III, 8.
- POLI, R.: IV, 1.
- PONCIBÒ, C.: I, 30.
- PONZANELLI, G.: V, 66.
- POTOTSCHNIG, P.: II, 12, 44, V, 117.
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, A.: V, 66.
- PROTO PISANI, A.: I, 3, 7, 10, 12, 19, 21, 51, 77, II, 15, 43, 55, 67, 72, III, 3, 8, 10, 14, 16, 21, 25, 28, 30, 31, 33, 40, 47, 50, 89, IV, 2, 27, 31, 93, V, 29, 47, 48, 79.
- PUGLIESE, G.: II, 58.
- PUNZI, C.: I, 39, 77, 79, 80, II, 8, 31, 52, 67, III, 87, IV, 93, 113, V, 26, 29, 83, 84.
- Q
- QUERZOLA, L.: IV, 129.

R

RAMPAZZI GONNET, G.: III, 8.
 REALMONTE, F.: IV, 57.
 RECCHIONI, S.: III, 1.
 REDENTI, E.: 105, 11, 113.
 REDISH, M.H.: IV, 88.
 RENZI, L.: I, 74.
 RESNIK, J.: I, 70.
 RESTA, G.: I, 30.
 RICCI, E.F.: V, 4.
 RICCI, G.F.: IV, 26.
 RICCIO, A.: I, 74.
 ROCCO, ALE.: II, 22.
 ROCCO, U.: II, 22.
 ROGNONI, V.: V, 51.
 ROMANO, A.: III, 1.
 ROMANO, A.A.: I, 9, IV, 55.
 ROPPO, E.: I, 42.
 RORDORF, R.: II, 6, 52, III, 144, IV, 28,
 93, 121, V, 21, 30, 86.
 ROSENBERG, D.: I, 38.
 ROSENFELD, M.: I, 47.
 RUFFINI, G.: I, 74, II, 52, III, 79, 102,
 IV, 6.
 RUGGERI, E.: II, 29, III, 67, III, 118,
 139.
 RUSSEL, T.L.: I, 31.

S

SALVANESCHI, L.: III, 10, 28.
 SALVI, C.: V, 66.
 SANTAGADA, F.: II, 6, III, 147.
 SANTANGELI, F.: I, 77, II, 6, 33, III, 102,
 137, 147, IV, 93, 95, V, 14, 18, 22,
 30, 37, 93, 108, 109, 114.
 SASSANI, B.: III, 122, IV, 52.
 SATTA, S.: I, 24, II, 55, III, 36, IV, 26, V,
 51.
 SCOGNAMIGLIO, R.: V, 66.
 SCUFFI, M.: I, 77.
 SEGNI, A.: V, 4.
 SHEPHERD, S.R.: IV, 88.

SORRENTI, G.: III, 159.
 STELLA, F.: IV, 57.

T

TARUFFO, M.: I, 11, 15, 17, 29, 76, II, 2,
 4, 11, 38, 52, III, 33, IV, 31, 36, 38,
 48, 52, 56, 57, 58, 59, 60, 62, 68,
 105, V, 29, 55, 81.
 TAVORMINA, L.: I, 46.
 TAVORMINA, V.: I, 77, II, 6, 8, 27, III,
 33, IV, 31, 93, V, 29, 47, 83.
 THOMAS, R.: III, 6.
 TIDMARSH, J.: III, 80.
 TOMEI, G.: II, 15.
 TOMMASEO, F.: I, 75, II, 12, 15, 43, 55,
 III, 24, 43, 47, 57, III, 136, IV, 8, 9,
 10, 98, 117.
 TRIMARCHI, P.: IV, 57.
 TROCKER, N.: I, 17, 21, 31, 32, 48, 52,
 III, 89.
 TURRONI, D.: III, 1, 44.

V

VACCARELLA, R.: III, 25, 30, 31, 56.
 VALCAVI, G.: IV, 57.
 VALLEFUOCO, V.: I, 31.
 VAN DER GRINTEN, P.: I, 81.
 VELLANI, M.: II, 24, III, 8, V, 4.
 VERDE, G.: I, 3, IV, 26.
 VIDIRI, G.: V, 59.
 VIGORITI, V.: I, 74, 77, 87, II, 6, 13, 38,
 39, III, 18, 33, 47, 89, 102, 143, V,
 86.
 VIRANO, P.: I, 31.
 VISINTINI, G.: V, 66.

W

WALKER, L.: IV, 67, 69.
 WEINSTEIN, J.A.: I, 44, IV, 37.
 WOOLLEY, P.: III, 98.

Z

- ZANUTTIGH, L.: II, 15, 38.
ZANZUCCHI, M.T.: II, 27, IV, 26.
ZENO-ZENCOVICH, V.: I, 42.

ZOPPINI, A.: I, 77, III, 87.

ZUFFI, B.: II, 29, III, 21, 47, 67, 117,
139, IV, 31, 93, V, 29, 47, 94, 110.

ZYONTZ, S.: IV, 88.

INDICE ANALITICO

I numeri senza parentesi si riferiscono alle pagine, quelli tra parentesi alle note. Le note vengono indicate solo se l'argomento riceve ivi una specifica menzione e trattazione. L'indicazione della nota non esclude quella della pagina.

Adeguata rappresentatività

- la funzione: 140 ss.
- i criteri di valutazione: 146 ss.
- del consumatore proponente: 154 ss.
- del comitato: 154 ss.
- dell'associazione non riconosciuta: 154 ss.
- dell'associazione riconosciuta: 154 ss.
- in presenza di sottoclassi: 139, 287 ss.
- in corso di giudizio: 185 ss.

Adequacy of representation

- 138 (68), 139 (69), 140 ss., 153 ss.
- v. anche *Adeguata rappresentatività*

Aderente

- poteri processuali: 78 ss., 85 ss., 258 ss.
- potere di impugnazione: 91 (62), 265 ss.
- audizione: 90, 274 s.
- esclusione: 268 ss.
- v. anche *Adesione, Intervento, Mandato, Proponente, Sostituzione processuale*

Adesione

- natura ed effetti: 78 ss., 85 ss.
- revocabilità: 92.
- v. anche *Adesione, Intervento, Mandato, Proponente, Sostituzione processuale*

Aggregate damages

- 244 ss.
- v. anche *Cy-près doctrine*

Anteprojecto de código brasileiro de processos coletivos

- 158 s., 246 (90).

Appartenenza alla classe degli aderenti

- 268 ss.
- v. anche *Aderente*

Appartenenza alla classe del proponente

- 166 ss.
- v. anche *Conflitto di interessi, Adeguata rappresentatività, Typicality*

Associazione (legittimazione ad agire della)

- in riferimento alla necessità del mandato: 57 ss.
- in riferimento all'adeguata rappresentatività: 154 ss.

Audizione del consumatore aderente

- 90, 274 s.

Azione (potere di)

- nozione: 67 ss.

Azione collettiva risarcitoria

- in generale: 17 ss., 20 ss.
- in relazione alla tutela collettiva inibitoria: 17 ss.
- in relazione al nuovo art. 140-bis c. cons.: 47 ss.

Azione di classe

- nozione: 28 ss.
- in relazione al nuovo art. 140-*bis* c. cons.: 47 ss.

Azione di gruppo

- nozione: 47 ss.
- in relazione al nuovo art. 140-*bis* c. cons.: 47 ss.

Azione individuale

- nozione e profili sistematici: 3 ss.

Azione rappresentativa

- 28 ss., 74 ss.

Azione unica plurisoggettiva

- nozione: 64 ss.

Cessazione della materia del contendere

- 185 ss.

Classe (formazione della)

- 281 ss., 330 ss.

Classe attiva

- 330 ss.

Classe passiva

- 330 ss.

Comitato (legittimazione ad agire del)

- in riferimento alla necessità del mandato: 57 ss.
- in riferimento all'adeguata rappresentatività: 154 ss.

Commonality

- 222 (39).
- v. anche *Identità, Omogeneità*

Competenza

- 350 (114).

Complessità

- nel giudizio di classe: 18 ss.
- nel giudizio di ammissibilità: 106 ss.
- in relazione al fatto collettivo: 218 ss.
- v. anche *Semplificazione, Case management giudiziale*

Conciliazione

- effetti sul giudizio: 185 ss., 331, (86).

Concorso di azioni

- 64 ss.

Condanna

- 292 ss.
- v. anche *Condanna generica, Responsabilità (dichiarazione della), Provvisoriale*

Condanna generica

- 311 ss.
- v. anche *Responsabilità (dichiarazione della)*

Condizioni dell'azione

- 180 ss.
- v. anche *Interesse ad agire in via collettiva*

Condizioni di ammissibilità

- esplicite: 131 ss.
- implicite: 163 ss.
- rapporto con le condizioni dell'azione: 180 ss.
- controllo successivo all'ordinanza di ammissibilità: 183 ss.
- v. anche *Adeguata rappresentatività, Conflitto di interessi, Identità, Manifesta infondatezza*

Conflitto di interessi

- al momento dell'ammissibilità della domanda: 137 ss.
- in corso di giudizio: 185 ss.

Connessione

- tra azioni di classe: 291, 335.
- tra azione di classe e azione collettiva inibitoria: 350 ss.

Criterio per la liquidazione

- funzione: 311 ss.

Cy-près doctrine

- 244 (88).

- Danno da fumo*
– 25 ss.
- Diritti individuali omogenei*
– nozione: 210 (19), 257 ss.
– v. anche *Identità, Omogeneità*
- Effetto consumativo dell'azione*
– 330 ss.
– v. anche *Preclusioni*
- Elasticità*
– v. *Complessità, Principio della domanda, Principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, Sottoclassi, Case management giudiziale, Semplificazione.*
- Emendatio e mutatio libelli*
– 281 ss.
- Esclusione dell'aderente*
– 268 ss.
- Fatto complesso*
– 218 ss.
- Giudicato di classe*
– limiti oggettivi e soggettivi dell'efficacia di accertamento: 291 ss.
– limiti oggettivi e soggettivi dell'effetto consumativo dell'azione: 330 ss.
– v. anche *Preclusioni*
- Giudizio di ammissibilità*
– natura: 116 ss.
– costituzionalità: 109 (21), 133 (59), 180 ss.
– v. anche *Ordinanza di ammissibilità, Condizioni di ammissibilità*
- Giudizio di completamento*
– rapporti con il giudizio di classe: 311 ss., 320 ss.
– forme del giudizio: 328 ss.
- Giusto processo*
– scopo del processo in generale: 6 ss.
- tecnica rappresentativa e giusto processo: 30 ss., 140 ss., 197 ss., 258 ss., 268 ss., 287 ss.
- Identità*
– nei rapporti con l'omogeneità: 209 ss.
– intensità del vincolo: 218 ss.
- Ideological Plaintiff*
– 75 ss.
- Impugnazione*
– potere dell'aderente: 91 (62), 265 ss.
– potere del proponente: 207 (120).
- Inibitoria*
– rapporti funzionali e strutturali con l'azione di classe: 339 ss.
– cumulabilità in un unico processo: 351 ss.
- Interesse ad agire*
– in via collettiva: 20 (34), 168 ss.
– del proponente: 166 (16).
- Intervento*
– volontario:
– dell'aderente: 85 ss., 92 ss.
– delle associazioni consumeristiche: 92 ss., 350.
– su chiamata di parte: 92 ss.
– per ordine del giudice: 92 ss.
- Ipoteca giudiziale*
– 311 (48).
- Istruzione*
– semplificazione istruttoria: 224 ss.
– per la verifica delle condizioni di ammissibilità: 126 ss., 131 (55), 144 (85), 184.
– per la verifica dell'appartenenza dell'aderente alla classe: 268 ss.
- Legittimazione ad agire*
– della classe: 71 ss.
– del proponente:

- in riferimento all'appartenenza alla classe: 166 ss.
- in riferimento all'adeguata rappresentatività: 154 ss., 185 ss.
- in riferimento al conflitto di interessi: 137 ss., 185 ss.
- del comitato:
 - in riferimento alla necessità del mandato: 57 ss.
 - in riferimento all'adeguata rappresentatività: 154 ss.
- dell'associazione:
 - in riferimento alla necessità del mandato: 57 ss.
 - in riferimento all'adeguata rappresentatività: 154 ss.
- Liquidazione equitativa*
 - funzione nel processo di classe: 261 ss.
 - limiti di applicazione: 292 ss.
- Liquidazione su base documentale*
 - 292 ss.
- Liquidità derivata*
 - 297 ss.
- Litisorso facoltativo*
 - differenze con il processo di classe: 29, 177.
 - esame delle tesi che avvicinano il giudizio di classe ad un litisorso facoltativo: 78 ss., 258 ss.
 - litisorso facoltativo tra due domande di classe: 291, 335.
 - litisorso facoltativo tra una domanda di classe e la complementare domanda inibitoria: 350 ss.
- Litispendenza*
 - 79 (42), 332 ss.
- Case management giudiziale*
 - in generale nel processo di classe: 36 ss.
 - nel giudizio di ammissibilità: 106 ss., 116 ss.
- nell'istruzione probatoria: 224 ss.
- nella valutazione di appartenenza: 268 ss.
- v. anche, *Complessità, Semplificazione*.
- Mandato*
 - del proponente al comitato: 58 ss.
 - del proponente all'associazione: 58 ss.
 - dell'aderente al proponente: 80 ss.
- Manifesta infondatezza*
 - 131 ss., 183 ss.
 - v. anche *Giudizio di ammissibilità*
- Mass torts*
 - 23 ss.
- Mero accertamento*
 - ammissibilità: 308 ss.
 - v. anche *Responsabilità (dichiarazione della)*
- Nesso di causalità*
 - 24 (41), 230 ss., 322 s., 325.
- Non contestazione*
 - 126 ss.
- Numero degli aderenti*
 - 140 ss., 178 ss.
- Numero degli appartenenti alla classe*
 - 172 ss.
- Numero dei proponenti*
 - 143 (84).
- Numerosity*
 - 172 ss.
- Omogeneità*
 - 206 ss.
- Opt-in*
 - in rapporto al regime di *opt-out*: 31 ss., 46 (81).
 - in rapporto alla valutazione di adeguata rappresentatività: 140 ss.

- Opt-out*
– 31 ss., 46 (81).
- Ordinanza di ammissibilità*
– in generale: 116 ss.
– revocabilità o modificabilità: 117 ss.
– ricorribilità in cassazione: 122 (46), 123 ss.
– efficacia preclusiva: 116 ss., 186 (44), 330 ss.
- Parte*
– nozione: 86 (52)
– in rapporto al proponente: 74 ss.
– in rapporto all'aderente: 85 ss.
– v. anche *Aderente, Proponente, Intervento*
- Partecipazione dell'aderente al giudizio*
– 78 ss., 85 ss., 258 ss., 274 s.
- Potere giuridico*
– 89 (58).
- Preclusioni*
– all'interno del procedimento: 115 (33), 283 (8).
– conseguenti la dichiarazione di inammissibilità: 116 ss., 186 (44).
– conseguenti il rigetto in rito: 330 ss., 186 (44).
– conseguenti il rigetto in merito: 330 ss.
– conseguenti la dichiarazione di non appartenenza dell'aderente: 268 ss.
- Predominance*
– 237 ss.
- Prima udienza*
– 115 (33), 281 ss., 283 (8).
- Principio della domanda*
– 281 ss.
- Principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*
– 281 ss.
- Procedimento (forme del)*
– 115 (33), 283 (8).
- Procedimento ingiuntivo*
– 328 ss.
- Procedimento sommario di cognizione*
– 328 ss.
- Prova (onere della)*
– in generale: 218 ss.
– nel giudizio di ammissibilità: 126 ss.
- Prova a campione*
– 235 ss.
- Prova atipica*
– 278 (128).
- Prova statistica*
– 233 ss.
- Provvisoria*
– 329 ss.
- Pubblico ministero*
– 145 (87).
- Questioni comuni*
– nozione: 197 ss., 222 (39).
– intensità del nesso di comunanza: 218 ss.
- Questioni differenziate*
– nozione: 200 ss.
– loro ingresso nel giudizio di classe: 249 ss., 268 ss.
- Questioni personali*
– v. *Questioni differenziate*
- Rappresentanza processuale*
– dell'associazione: 57 ss.
– del comitato: 57 ss.
- Responsabilità*
– nozione: 320 ss., 321 (60).
- Responsabilità (dichiarazione della)*
– ammissibilità:
– in astratto: 297 ss.
– in concreto: 320 ss.
– natura: 311 ss.
– oggetto: 320 ss.

- Ricorso straordinario in cassazione*
- avverso l'ordinanza di ammissibilità: 122 (46).
 - avverso l'ordinanza di inammissibilità: 123 ss.
- Rigetto della domanda*
- v. *Preclusioni*
- Riproponibilità della domanda di classe*
- v. *Preclusioni*
- Rito ordinario*
- 115 (33), 283 (8).
- Riunione*
- delle azioni di classe: 332 ss., 335.
 - della causa di classe e della causa inibitoria: 346 ss.
- Semplificazione*
- dei requisiti soggettivi dell'azione: 30 ss., 74 ss.
 - nell'apprezzamento del fatto e nell'istruzione: 224 ss.
 - nella determinazione del *quantum*: 252 ss., 292 ss.
 - nella valutazione di appartenenza: 268 ss.
- Sentenza*
- di accoglimento: 291 ss.
 - v. anche: *Condanna*, *Mero accertamento*, *Responsabilità (dichiarazione della)*, *Provisionale*
- Separazione delle cause*
- v. *Litisconsorzio facoltativo*
- Simultaneus processus*
- tra due domande di classe: 291, 335.
 - tra una domanda di classe e la complementare domanda inibitoria: 350 ss.
- Small claim*
- 21 ss.
- Sostituzione del proponente*
- 185 ss.
- Sostituzione processuale*
- 62 ss.
- Sottoclassi*
- 35, 139, 241, 287 ss.
- Spese processuali*
- 97 (75).
- Superiority*
- 35, 169 ss., 172 s., 241.
- Titolarità dell'azione di classe*
- 71 ss.
- Transazione*
- effetti sul giudizio: 185 ss., 331, (86).
- Typicality*
- 137 ss.
- Unicità dell'azione (principio di)*
- 330 ss.
 - v. anche *Preclusioni*