

La classe non è action

Osservazioni a prima lettura sull'azione di classe Profili critici e costruttivi di uno strumento processuale superfluo

di Silvio Boccalatte

Sommario:

1. Un modello rivoluzionato. 2. La classe: da nozione sociologica a nozione giuridica. 3. I soggetti attivi e passivi coinvolti dall'azione di classe. 4. Le situazioni soggettive tutelabili tramite l'azione di classe. 5. Il modulo procedurale. 5-I) proposizione della domanda; 5-II) foro e giudice competente; 5-III) giudizio di ammissibilità; 5-IV) l'ordinanza che conclude la fase del giudizio di ammissibilità: in generale; 5-V) (*segue*) l'ordinanza che conclude la fase del giudizio di ammissibilità: nel caso l'ordinanza sancisca l'inammissibilità dell'azione di classe; 5-VI) (*segue*) l'ordinanza che conclude la fase del giudizio di ammissibilità: nel caso l'ordinanza sancisca l'ammissibilità dell'azione di classe; 5-VII) l'adesione: l'atto di adesione; 5-VIII) (*segue*) l'adesione: la fase della decisione sugli atti di adesione; 5-IX) (*segue*) l'adesione: l'aderente e la qualità di "parte"; 5-X) le altre forme di intervento nel giudizio; 5-XI) lo svolgimento del giudizio sull'azione di classe: alcuni punti critici; 5-XII) la sentenza: peculiarità; 5-XIII) (*segue*) la sentenza: spese, efficacia e impugnabilità; 5-XIV) rinunce e transazioni. 6. La proponibilità di altre azioni, di classe e individuali. 7. Considerazioni conclusive.

1. Un modello rivoluzionato.

Tra meno di due mesi, il 1° gennaio 2010 (art. 23, comma 16, del decreto-legge 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni, con legge 3 agosto 2009, n. 102), diverrà efficace la cosiddetta "azione di classe", così come prevista nel testo dell'art. 49 della legge 23 luglio 2009, n. 99, che novella l'art. 140-bis del Codice del Consumo: in tal modo questo strumento diventerà parte dell'armamentario processuale a disposizione dei "consumatori" e degli "utenti".

Si tratta di una novità assoluta per l'ordinamento italiano: si può sostenere agevolmente che sia un tentativo di "trapianto normativo" in Italia della *class action*, istituto tipico del contesto americano. In realtà, l'intervento legislativo in oggetto va integralmente a sostituire la versione della *class action* che il legislatore aveva già cercato di introdurre con la finanziaria per l'anno 2008 (art. 2, comma 447, della legge 24 dicembre 2007, n. 244). Tale primigenio tentativo – impreciso, incostituzionale, in una sola parola: goffo – non era mai divenuto

KEY FINDINGS

- La nuova azione di classe innova profondamente il modello determinato dalla legge finanziaria per l'anno 2008;
- L'azione di classe è però strutturalmente diversa dalla *class action* statunitense;
- Nonostante i notevoli miglioramenti l'azione di classe presenta ancora notevoli perplessità e difetti;
- Enormi poteri istruttori sono concessi al tribunale all'atto dell'emanazione dell'ordinanza di ammissibilità dell'azione di classe;
- La concentrazione della competenza su un numero estremamente limitato di tribunali comporta rischi di aumento del tempo medio di durata delle cause ordinarie già affidate a tali tribunali;
- Gli stessi obiettivi dell'azione di classe avrebbero potuto essere più agevolmente raggiunti tramite una limitata modifica del Codice di Procedura Civile.

Silvio Boccalatte è avvocato e Fellow dell'Istituto Bruno Leoni

efficace (per fortuna di tutti: operatori del diritto, consumatori, imprese...) e aveva subito svariati rinvii derivanti dall'esigenza di una sua adeguata riformulazione.

La versione attuale non ne è una "riformulazione", ma ne costituisce una vera e propria "rivoluzione". In altri termini, il testo che ci si accinge a commentare non ha alcun rapporto con il precedente, che dunque può ritenersi non solo abrogato, ma letteralmente dimenticato. In tal senso si pensi che viene completamente cambiato addirittura lo stesso *nomen* del nuovo istituto giuridico: il testo del 2007 avrebbe introdotto una "azione collettiva risarcitoria", mentre le disposizioni attuali si esprimono (già nella rubrica) con l'espressione "azione di classe".

Orbene, questo radicale mutamento è da accogliere con estremo favore: come più volte sostenuto dall'Istituto Bruno Leoni,¹ l'applicazione delle norme maldestramente create dal legislatore del 2007 avrebbe comportato problemi interpretativi ingentissimi e avrebbe provocato danni di proporzioni difficili da quantificare. La versione attuale, che peraltro accoglie molti dei rilievi formulati, a suo tempo, dall'IBL,² rappresenta uno schema processuale (quantomeno) razionale e applicabile, sebbene con alcune riserve di cui si discuterà in appresso.

Prima di affrontare il merito delle scelte operate dal legislatore, giova ricordare sin da subito che, ai sensi dell'art. 49, comma 3, l. 99/2009, "le disposizioni dell'articolo 140-bis del codice del consumo ..., come sostituito dal presente articolo, si applicano agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge". Il concetto giuridico di "entrata in vigore" è diverso da quello di "efficacia": in questo caso, la legge 99/2009 è entrata in vigore il 15 agosto 2009 (cioè il quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, avvenuta il 31 luglio 2009), ma l'efficacia dell'azione di classe decorre dal 1° gennaio 2010. Ne consegue che, come effetto (forse) non voluto né previsto dal legislatore (e come conseguenza di un utilizzo aberrante della tecnica del rinvio normativo),³ dall'inizio dell'anno prossimo potranno essere proposte azioni di classe relative a "illeciti" compiuti a decorrere dal 15 agosto 2009.

1 D. MENEGON, *Class action: altri quattro mesi per rimediare*, IBL Briefing Paper n. 61, 19/9/2008, http://brunoleonimedia.servingfreedom.net/BP/IBL_BP_61_Class_Action.pdf; S. BOCCALATTE, *La class action all'amatriciana. Poche righe, tante incertezze*, Briefing Paper n. 53, 24/4/2008, http://brunoleonimedia.servingfreedom.net/BP/IBL_BP_53_Class_Action.pdf; S. BOCCALATTE, *Correggere l'incorreggibile? Dieci proposte concrete per rendere quasi digeribile l'azione collettiva*, IBL Briefing Paper n. 48, 26/11/2007, http://brunoleonimedia.servingfreedom.net/BP/IBL_BP_48_Class_Action.pdf; S. BOCCALATTE, *Class Action: si può quadrare il cerchio?* Focus n. 76, 5/11/2007, http://brunoleonimedia.servingfreedom.net/Focus/IBL_Focus_76_Boccalatte.pdf; S. BOCCALATTE, *Class action all'italiana. Un'imposta sui consumatori?*, Briefing Paper n. 36, 4/12/2006, http://brunoleonimedia.servingfreedom.net/BP/IBL_BP_36_Class_Action.pdf.

2 Cfr. S. BOCCALATTE, *Correggere l'incorreggibile?*, cit., spec. proposta n. 1 (p. 2), in relazione alla legittimazione ad agire; proposta n. 2 (p. 3), sul foro competente; proposta n. 3 (p. 3), sull'obbligo di pubblicità dell'azione; proposta n. 7 (p. 5), sull'improponibilità di altre azioni collettive; proposta n. 8 (almeno in parte, p. 6), sul filtro alla proponibilità dell'azione; proposta n. 9 (pp. 6-7), sull'abrogazione delle disposizioni in materia di pubblicità ingannevole; proposta n. 10 (p. 7), sulle norme speciali in materia di spese legali.

3 In effetti, l'art. 23, d.-l. 78/2009, in combinato disposto con l'art. 2, comma 447, l. 244/2007, rinvierebbe al 1° gennaio 2010 l'efficacia delle disposizioni "di cui ai commi da 445 a 449" del medesimo art. 2, l. 244/2007, i quali introducevano l'art. 140-bis del Codice del Consumo. Ora, la l. 99/2009 ha provveduto a riformulare l'art. 140-bis Cod. Cons. senza fare esplicito riferimento ai commi "da 445 a 449" della l. 244/2007, ma operando formalmente come novella al solo Codice del Consumo. Il difetto di coordinamento formale dei rinvii è superabile per via interpretativa, ma è indice certo della superficialità con cui viene redatta la maggior parte delle odierne disposizioni legislative.

2. La “classe”: da nozione sociologica a nozione giuridica.

Come è del tutto evidente, l'espressione linguistica “azione di classe” non è altro che la traduzione letterale di “*class action*”: in realtà, il legislatore non si limita a creare una nuova “etichetta”, ma, così operando, concepisce una nuova nozione giuridica, la nozione di “classe”.

Con l'esclusione di alcuni accenni riconducibili al diritto fallimentare, l'espressione “classe” non corrisponde ad alcun concetto presente nel vigente ordinamento giuridico: la “classe” è sempre stata una parola riconducibile al linguaggio sociologico (o, in contesti, ben diversi, a quello scolastico o dell'etichetta comportamentale).

L'art. 140-bis Cod. Cons., invero, non definisce la “classe”: si limita (al comma 1) a statuire che “ciascun componente della classe” possa agire attraverso l'azione “di classe”. Ne consegue che l'interprete sia legittimato a ritenere che la “classe” si componga di tutti i soggetti le cui posizioni fattuali e giuridiche soggettive corrispondano esattamente a quella dedotta in giudizio dall'attore, sempreché quest'ultima sia a sua volta riconducibile alla tassonomia di situazioni tutelabili individuata dall'art. 140-bis, comma 2.

3. I soggetti attivi e passivi coinvolti dall'azione di classe.

Dal lato attivo, il legislatore introduce una distinzione essenziale, vi sono, infatti, i soggetti “attori” e i soggetti titolari delle situazioni soggettive che si vogliono tutelare in giudizio. Questi ultimi, a loro volta, possono coincidere con gli attori, essere in qualche modo collegati direttamente agli attori, oppure ricoprire l'innovativo ruolo processuale di “aderente” (categoria di cui si discuterà specificamente *infra*, al par. 5).

I titolari delle situazioni soggettive dedotte in giudizio possono essere solo “consumatori” o “utenti”. In mancanza di diverse indicazioni, si deve ritenere che per attribuire significato a tali nozioni ci si debba richiamare a quanto definito dall'art. 3 del Codice del Consumo. Quando l'art. 140-bis Cod. Cons. passa a descrivere i diritti tutelabili tramite l'azione di classe ha anche la cura di ripetere sempre la formula “consumatori e utenti”, tranne in un caso: nel comma 2, lett. b), ove ci si riferisce solo ai “diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale”. Tale formulazione non sembra cambiare alcunché: un soggetto che utilizza – e che dunque, proprio in quanto “utilizza” è “utente” (a qualunque titolo) di un prodotto – ai fini di tale disposizione è definibile come “consumatore”.

Gli “attori”, come accennato, possono certamente coincidere con i titolari della situazione soggettiva dedotta in giudizio: in tal caso il consumatore/utente diviene personalmente promotore dell'azione di classe e, quindi, parte. Nondimeno, più titolari delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio possono conferire mandato ad un'associazione (quindi anche senza essere associati, ma semplici mandanti): in tal caso essi parteciperanno al processo in modo “mediato” dal contratto di mandato. I titolari delle situazioni giuridiche dedotte in giudizio, infine, possono anche decidere di coordinarsi e partecipare come attori nella veste di “comitato”.

I consumatori/utenti che partecipano all'azione di classe tramite l'associazione o il comitato sono “attori”, cioè “parti” del processo, con tutte le conseguenze che derivano da tale qualificazione? La formulazione letterale della disposizione autorizza a rispondere positivamente: la legge, infatti, prevede che “ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire...”. Quindi, il conferimento del mandato ad un'associazione o la partecipazione ad

un comitato costituiscono solo una modalità di espressione dell'azione, la titolarità della quale rimane sempre in capo al singolo, che è dunque sempre definibile come "attore" e "parte".

Dal lato passivo, nel giudizio possono partecipare soggetti definibili come "imprese", o "produttori", o comunque tutti coloro che siano in grado di porre in essere "pratiche commerciali scorrette o comportamenti anticoncorrenziali". In realtà l'uso di queste tre espressioni linguistiche non deve trarre in inganno, poiché nell'azione di classe il convenuto è sempre un imprenditore, un soggetto, cioè, esercente un'attività imprenditoriale: in ultima analisi, un'impresa.

Giova notare che non rileva la natura del soggetto imprenditore: potrà essere convenuto, sia esso pubblico o privato, se può essere definito come esercente un'impresa. Ciò si ricava per via interpretativa dall'intero impianto del testo normativo, ma si deduce indirettamente anche dall'art. 140-bis, comma 12, Cod. Cons., laddove si menziona l'ipotesi dell'azione di classe "proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità".

4. Le situazioni soggettive tutelabili tramite l'azione di classe.

Ai sensi dell'art. 140-bis, comma 1, Cod. Cons., possono essere tutelati "anche" (quindi, ovviamente, non solo) con l'azione di classe "i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti", diritti individuali meglio precisati nel successivo comma 2.

Nulla quaestio sul concetto di "diritto individuale", ben noto a ogni giurista, molti dubbi possono sorgere, invece, sull'uso dell'aggettivo "omogenei": "omogenei" non significa "uguali", né "identici"; "omogenei" indica un ambito di profonda similitudine ove, comunque, taluni dettagli di scarsa importanza possono essere differenti.

Non si tratta di mere speculazioni teorico-lessicali. Lo si può comprendere passando all'analisi della specificazione dei diritti tutelati compiuta dall'art. 140-bis, comma 2, Cod. Cons., il quale individua tre situazioni:

- A. "diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile" (art. 140-bis, comma 2, lett. a), Cod. Cons.).

In questa formulazione si introduce il concetto di "pluralità di consumatori e utenti". Se i diritti (individuali) contrattuali non sono vantati da una "pluralità" di consumatori/utenti, ne consegue che non sia esperibile l'azione di classe. Dunque, in questo caso, senza la "pluralità" di consumatori/utenti non esiste nemmeno la "classe", ergo: nella presente ipotesi, la "pluralità" è elemento essenziale della stessa nozione di "classe".

Ricostruire una definizione di "pluralità" non è operazione banale perché non vi sono dati da cui trarre elementi certi. Si può ritenere che esista una "pluralità" quando non sia possibile (o, perlomeno, non sia agevolmente possibile) individuare un numero preciso di soggetti coinvolti; non si possono escludere, però, ipotesi esegetiche più "generose" che giungano a definire la "pluralità" come un numero di soggetti "sufficientemente elevato" (magari nemmeno in senso assoluto, ma in rapporto ad una "fattispecie modello").

Bisogna poi ricondurre l'attenzione del lettore su un altro elemento: i "diritti della pluralità" di consumatori/utenti non devono essere "identici" tra loro, perché così non sono definiti nella disposizione in esame. In virtù del precedente comma 1, dunque, tali diritti dovrebbero essere solo "omogenei"; nondimeno i singoli soggetti (in numero di

“pluralità”) devono essere “in situazione identica” rispetto alla “stessa” impresa. Sembrerebbe allora possibile intraprendere un’azione di classe nei confronti della stessa impresa anche se i diritti di cui si invoca la tutela fossero solo “omogenei” tra di loro, magari perché basati su clausole diverse di una medesima sezione dello stesso contratto. Questa ipotesi ricostruttiva collide frontalmente con un dato espresso dal successivo comma 6: il tribunale deve dichiarare l’inammissibile l’azione di classe “quando ... non ravvisa l’identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2”.

In attesa di indicazioni giurisprudenziali, sembra accoglibile un’interpretazione rigorosa: nonostante l’ambiguità delle formulazioni letterali e lo scarso coordinamento tra le varie disposizioni, le situazioni soggettive che si fanno valere nell’azione collettiva devono essere in tutto e per tutto identiche tra loro. In assenza di tale perfetta coincidenza, viene meno il senso stesso dell’azione di classe, perché si aprirebbe la possibilità alla necessità di intraprendere svariate fasi di istruzione probatoria.

- B. “diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale” (art. 140-bis, comma 2, lett. b), Cod. Cons.).

In questa ipotesi, al contrario della precedente, non è necessaria una “pluralità” di consumatori finali. Dunque, in questo caso, la “classe” può esistere senza che la “pluralità” di consumatori ne costituisca elemento essenziale. Inoltre, sempre a differenza della lett. a), si precisa opportunamente che i diritti tutelati dall’azione debbano essere “identici” tra loro.

- C. “diritti identici al ristoro del pregiudizio derivanti agli stessi consumatori o utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali” (art. 140-bis, comma 2, lett. c), Cod. Cons.).

La disposizione in esame menziona diritti “identici” al ristoro di un pregiudizio, ma non dello “stesso” pregiudizio derivante dalle “stesse” pratiche commerciali scorrette o anticoncorrenziali. Nuovamente, a meno di pregiudicare il significato stesso dell’azione di classe, sembra preferibile un’interpretazione sistematica che valuti con estremo rigore l’identità dei diritti invocati, al fine di ricomprendere solo gli “stessi” diritti in relazione alle “stesse” pratiche commerciali scorrette/anticoncorrenziali. Il “pregiudizio” subito dai singoli consumatori/utenti, invece, potrà anche non essere identico, perlomeno sotto il profilo quantitativo.

5. Il modulo procedurale.

La tecnica in cui si esplica l’azione di classe inserisce l’ennesimo modulo processuale nel sistema giudiziario italiano: ciò costituisce, in sé, un elemento di criticità perché proprio non si sentiva la necessità di arricchire ulteriormente la già sovrabbondante pluralità di riti esistenti. Tra l’altro è solo il caso di far notare sommessamente un elemento di contraddizione nell’azione del Governo e della maggioranza: la legge n. 69/2009 conferisce al Governo la delega per semplificare la procedura civile riducendo il numero di schemi processuali esistenti, ma, quasi contemporaneamente, il legislatore crea un rito nuovo di zecca.

L’art. 140-bis Cod. Cons. adotta l’opzione di trapiantare il modello della *class action* statunitense all’interno dello schema costituito dal giudizio ordinario: ne è indice il fatto che la “domanda” – così viene definito il documento che segna l’inizio dell’iter dell’azione di classe – si propone con “atto di citazione” (art. 140-bis, comma 5, Cod. Cons.). In merito allo svolgimento del giudizio, quindi, per quanto omesso dal legislatore, l’interprete è autorizzato a ritenere applicabili le ben note disposizioni del codice

di procedura civile che disciplinano il giudizio ordinario: ciò, a mero titolo d'esempio, in relazione alle procedura di notifica (tranne l'obbligo di notifica della domanda anche al pubblico ministero, espressamente sancito dal medesimo art. 140-bis, comma 5, Cod. Cons.), così come anche in ordine alle decadenze, alla rilevabilità delle eccezioni, nonché all'istruzione probatoria (salvo quanto si dirà *infra* sul contenuto dell'ordinanza che ammette l'azione di classe).

Giova ora descrivere la struttura dell'azione di classe attraverso l'analisi delle fasi di cui essa si compone.

I) proposizione della domanda. Come si è già accennato la domanda può essere proposta sia dal singolo consumatore/utente sia da associazioni cui i consumatori/utenti hanno conferito specifico mandato (quindi non solo associati, ma anche semplici consumatori/utenti che intendano avvalersi di un'associazione) sia, infine, da comitati cui partecipano i consumatori/utenti. La scelta di procedere singolarmente, o tramite associazioni, oppure tramite comitati sembrerebbe indifferente: in realtà non lo è, come vedremo nel prosieguo nella presente analisi. Un aspetto resta oscuro: che forma deve avere il mandato che ciascun consumatore/utente può conferire all'associazione? La legge non fornisce alcuna indicazione sicura e ciò potrebbe forse bastare per ritenere sufficiente la scrittura privata non autenticata, anche considerando la *ratio* della legge, nondimeno non sarebbe nemmeno impossibile argomentare la necessità che il mandato debba essere conferito tramite scrittura privata autenticata o atto pubblico, al fine di attribuire certezza della corrispondenza dell'espressione di volontà a una determinata persona.

Come già accennato, l'atto di citazione va notificato anche al pubblico ministero, il quale può intervenire nel giudizio: la legge configura, quindi, un nuovo caso di intervento facoltativo del pubblico ministero. L'art. 140-bis, comma 5, Cod. Cons., è però esplicito nel relegare l'intervento del pubblico alla sola fase del "giudizio di ammissibilità".

Nulla si dice in relazione alla costituzione in giudizio del convenuto: il riferimento al modulo del giudizio ordinario, però, consente di ritenere che la controparte debba/possa costituirsi nei termini e nei modi previsti dal codice di procedura civile. Ciò, peraltro, è corroborato dalla considerazione secondo la quale escludere il convenuto dal giudizio sull'ammissibilità dell'azione di classe costituirebbe una tale lesione del diritto al contraddittorio da essere una scelta certamente incostituzionale.

II) Foro e giudice competente. L'art. 140-bis, comma 4, Cod. Cons., opta per la seguente soluzione: "*la domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa*", stabilendo poi alcune eccezioni per talune regioni. Se la scelta del foro generale del convenuto è condivisibile per il rispetto del criterio generale del codice di procedura civile, non si può non segnalare che ciò inverte una tendenza del tutto consolidata nell'ambito del diritto del consumo: com'è noto, infatti, la competenza territoriale in tali controversie viene determinata sulla base della residenza del consumatore e non della sede dell'impresa.

Ciò che lascia perplessi, invero, è la concentrazione di tutte queste controversie nei tribunali principali: da un lato essi possiedono strutture in grado di affrontare cause intrinsecamente ampie e complesse come le azioni di classe, dall'altro lato, però, questi tribunali sono generalmente i più oberati di lavoro. In altri termini, tale soluzione potrebbe contribuire ad aumentare il livello di differenza nella tempistica di decisione delle cause tra i vari tribunali italiani, già adesso molto elevato, aumentando a dismisura la pressione solo su alcuni tribunali che potrebbero intasarsi sino al collasso.

Nulla quaestio, poi, sulla scelta della trattazione in composizione collegiale (art. 140-bis, comma 4, Cod. Cons.), certamente necessaria proprio in forza della già menzionata plausibile complessità delle controversie in oggetto. Sembra poi automatico ritenere che ogni fase della trattazione dell'azione collettiva debba svolgersi collegialmente, sia quella di ammissibilità sia quella di merito (nonostante l'uso non costante e abbastanza fungibile delle parole "giudice" e "tribunale"). Rimane solo una perplessità: in un sistema giudiziario che lamenta la cronica insufficienza di strutture e di magistrati, ha senso introdurre un modulo processuale che contribuisce significativamente a ridurre ancora il numero di giudici disponibili per la trattazione delle controversie individuali ordinarie? Il che è solo un aspetto specifico di una problematica di portata ben più generale: sono ipotizzabili ricadute negative dell'introduzione dell'azione di classe sull'efficienza complessiva della Giustizia italiana?

III) Giudizio di ammissibilità. Il giudizio di ammissibilità costituisce una sorta di vaglio preliminare finalizzato ad accertare quattro elementi (art. 140-bis, comma 6, Cod. Cons.) in presenza dei quali la domanda deve essere dichiarata inammissibile:

- a. l'eventuale manifesta infondatezza della domanda: v'è solo da chiedersi se, come è accaduto nel giudizio di legittimità costituzionale, il controllo sulla "non manifesta infondatezza" sarà poi manipolato dalla giurisprudenza sino a diventare un giudizio sulla "tendenziale" fondatezza della domanda. Oggetto del giudizio sulla manifesta infondatezza della domanda dovrebbe essere anche l'accertamento che tutti i soggetti mandatari dell'associazione (o tutti i componenti il comitato) che ha proposto la domanda vantino una identità di situazioni fattuali e giuridiche tale da poter essere considerati "componenti" della classe;
- b. l'eventuale sussistenza di conflitti di interessi;
- c. l'eventuale mancanza di "identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2";
- d. se il proponente appaia o meno in grado di curare l'interesse della classe. Su questo punto sembrano opportune alcune riflessioni: in primo luogo la lettera della legge non richiede che il proponente "sia" in grado di curare l'interesse della "classe", ma "appaia" nelle condizioni di far ciò. Ne consegue che, sul punto, il tribunale dovrà limitarsi a verificare la verosimiglianza del requisito: sembrano dunque precluse specifiche e dettagliate valutazioni di merito. Secondariamente, *in silentio legis*, ci si deve legittimamente chiedere quali siano i parametri cui il giudice dovrà attenersi per assumere la propria decisione: si può ipotizzare che dovrà essere considerata l'adeguata rappresentatività del proponente in relazione alla classe, ma anche la sua stessa natura in relazione alle peculiarità (qualitative e quantitative) della fattispecie dedotta in giudizio. In precedenza si è visto come i soggetti proponenti possano essere sia associazioni sia comitati sia singoli consumatori/utenti: la convenienza della scelta di un'opzione piuttosto di un'altra potrebbe costituire oggetto di scrutinio da parte del tribunale. In altri termini, sintetizzando ed esemplificando: davanti a una fattispecie che coinvolge decine di migliaia di consumatori/utenti nei confronti di una grande multinazionale, potrebbe essere dichiarata inammissibile un'azione di classe il cui proponente sia un semplice consumatore/utente, privo di specifiche conoscenze in materia oppure privo del tempo e delle risorse necessarie per affrontare adeguatamente il giudizio.

Il giudizio di ammissibilità può essere sospeso "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”: la scelta appare orientata a evitare contrasti di giudicati e, in generale, lo svilupparsi di opposti approcci alla medesima fattispecie, ma anche per favorire la possibilità che la fase istruttoria dell’azione di classe venga semplificata se risultasse di fatto già compiuta (almeno in parte) da autorità indipendenti o dal giudice amministrativo.

Sull’intera fase di ammissibilità sorge un problema di non agevole soluzione: deve essere compiuto un accertamento integrale, con relativa istruttoria, oppure si tratta di un giudizio di sommaria delibazione?

Si ritiene che il giudizio di ammissibilità non possa limitarsi a una sommaria delibazione, dunque limitata solo al “fumus boni iuris”, a meno che per quanto concerne “l’apparenza” della capacità del proponente di curare gli interessi della classe. Durante la fase di ammissibilità si svilupperà un’istruttoria completa (sebbene oggettivamente limitata ai soli elementi che determinano l’ammissibilità dell’azione collettiva): è anzi del tutto necessario che, nell’atto di citazione o direttamente all’udienza (non sembrano rivenirsi preclusioni o decadenze), il proponente presenti le istanze probatorie necessarie per provare che la domanda di azione collettiva è ammissibile. La legge, cioè, non dota il tribunale di poteri istruttori d’ufficio: l’onere della prova ricade interamente sull’attore, in ossequio ai principi generali del processo civile.

Nonostante ciò, il legislatore ha cercato di delineare una durata contenuta per la fase dell’ammissibilità: alla fine della “prima udienza” deve essere emanata l’ordinanza definitiva. Nulla, ovviamente, impedisce ai giudici di aggiornare la prima udienza a nuova data, al fine di assumere le prove di cui le parti hanno chiesto l’ammissione.

IV) L’ordinanza che conclude la fase del giudizio di ammissibilità: in generale.

Come già accennato, la fase del giudizio di ammissibilità non termina con sentenza, ma con ordinanza (art. 140-bis, comma 7, Cod. Cons.) reclamabile davanti alla corte d’appello (la quale deciderà con ordinanza in camera di consiglio): da notare che il reclamo non ha l’effetto di sospendere il procedimento davanti al tribunale. Tale soluzione non appare adeguata e meglio sarebbe stato permettere alla corte d’appello di decidere se sospendere o meno il procedimento: così, invece, si corre il rischio che un’ordinanza di ammissione venga riformata in appello mentre l’azione collettiva è in pieno svolgimento davanti al tribunale, con relativo spreco di attività processuale. È solo il caso di notare che, nel totale silenzio della legge, per il giudizio sul reclamo vige l’implicito rinvio generale alle norme sul rito ordinario e, dunque, si dovrà svolgere nel rispetto delle norme sancite dal codice di procedura civile per i giudizi d’appello e per le camere di consiglio.

V) (segue) L’ordinanza che conclude la fase del giudizio di ammissibilità: nel caso l’ordinanza sancisca l’inammissibilità dell’azione di classe.

In questa ipotesi l’ordinanza in oggetto deve anche decidere sulle spese, anche, come dice espressamente la legge, “ai sensi dell’art. 96 del codice di procedura civile”: il tribunale, dunque, ha il potere di condannare l’attore non solo alle spese legali in senso stretto, ma anche al risarcimento del danno in caso di “lite temeraria”. La precisazione (strutturalmente indirizzata al solo attore) è quanto mai opportuna ed è delineata allo scopo di costituire un deterrente contro la proposizione di azioni di classe destituite di ogni minimo fondamento, magari solo tentate allo scopo di “forzare” la controparte a concedere condizioni contrattuali migliori.

Proprio sul punto delle spese è necessaria un’ulteriore precisazione. Come si è detto più volte, il proponente può essere un singolo consumatore/utente, un’associazione o

un comitato: ciò potrebbe comportare differenze in punto di responsabilità patrimoniale a seguito di condanna alle spese (e magari anche al risarcimento dei danni), infatti:

- a. se un consumatore/utente decide di intraprendere un'azione collettiva risponderà del proprio operato, ovviamente, con l'intero suo patrimonio;
- b. se un consumatore/utente conferisce mandato ad un'assicurazione sembrerebbe tutelarsi maggiormente: ai sensi dell'art. 38 c.c., delle obbligazioni assunte dalle associazioni rispondono "personalmente e solidalmente le persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione". In attesa di indicazioni giurisprudenziali, si può ritenere, cioè, che il singolo mandante, nonostante la sua probabile qualifica di "parte", non possa essere chiamato a contribuire alle spese (e ai danni) nel caso l'azione di classe intrapresa dall'associazione fosse dichiarata inammissibile. Ciò, ovviamente, salvo specifici patti stipulati all'atto del conferimento del mandato;
- c. se più consumatori o utenti si costituiscono in comitato allo scopo di intraprendere un'azione di classe poi dichiarata inammissibile, la responsabilità per le spese e i danni grava su ciascun membro del comitato (se non ha ottenuto la personalità giuridica), che risponderà personalmente e solidalmente di ogni obbligazione ai sensi dell'art. 41 c.c.

VI) (segue) L'ordinanza che conclude la fase del giudizio di ammissibilità: nel caso l'ordinanza sancisca l'ammissibilità dell'azione di classe.

In tale ipotesi detta ordinanza diventa un atto determinante per lo svolgimento del resto del giudizio, e il suo contenuto è complesso poiché:

- a. stabilisce i termini e le modalità per la "più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe". L'esecuzione della pubblicità è espressamente definita "condizione di procedibilità della domanda": l'attore, quindi, durante la fase di merito, dovrà dimostrare di averla effettuata nei modi e nei termini stabiliti dall'ordinanza;
- b. definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio: dunque determina i criteri specifici (giuridici e fattuali) che la pretesa di ciascun consumatore/utente dovrà possedere al fine di chiedere fruttuosamente l'adesione all'azione collettiva;
- c. assegna un termine "non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità" entro il quale gli aderenti devono depositare il loro atto di adesione;
- d. determina "il corso della procedura", al fine di garantire una "equa, efficace e sollecita gestione del processo". Si tratta di uno strumento potenzialmente molto rilevante attribuito al tribunale, il quale ha ampia autonomia di discostarsi dal modello processuale stabilito dagli articoli 180 ss. c.p.c., anche modificando le regole generali in materia di istruzione probatoria ("il tribunale ... regola l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio"), e determinare il "calendario" del processo. In effetti la formulazione della disposizione lascia perplessi proprio in relazione a quanto stabilito in materia di istruzione probatoria, in estrema sintesi, infatti: il tribunale può derogare, tramite l'ordinanza appena citata, alle regole generali in merito alle prove, oppure può limitarsi a disciplinare l'amministrazione ordinata dell'istruzione probatoria in udienza? Il tenore letterale delle norme in esame autorizza a ritenere che i giudici possano esercitare, tramite l'ordinanza che introduce la fase di merito dell'azione di classe, poteri tali da rendere ammissibili mezzi istruttori inammissibili ai sen-

si del codice di procedura civile e possa anche derogare al principio generale della disponibilità delle prove in capo alle parti, il tutto con l'unico limite costituito dalla rigorosa tutela del diritto al contraddittorio.

VII) L'adesione: l'atto di adesione.

Si tratta della vera novità che l'azione di classe introduce nel sistema processuale italiano: oltre agli attori (consumatori/utenti, associazioni o comitati) e ai convenuti (imprese), vi sono anche gli "aderenti". Aderenti possono divenire tutti coloro che appartengono alla "classe", cioè tutti coloro che si trovano nella situazione soggettiva giuridica e fattuale esattamente definita dai "criteri" stabiliti nell'ordinanza di ammissione dell'azione.

L'aderente compie il suo ingresso nel processo attraverso un "atto di adesione" (art. 140-bis, comma 3, Cod. Cons.) che va depositato in cancelleria entro il periodo di tempo fissato nell'ordinanza di ammissione (evidentemente il legislatore ha scelto il modello dell'"*opting in*"): l'adesione preclude all'aderente la possibilità di esperire azioni individuali restitutorie o risarcitorie individuali fondate sullo stesso titolo (sul punto vedi *infra*) e interrompe la prescrizione dal momento del deposito in cancelleria (per coloro che ricoprono la qualità di attori, invece, la prescrizione viene interrotta in un momento precedente, coincidente a quello della notifica della citazione).

Il contenuto dell'atto di adesione non è delineato con estrema precisione: la legge si limita a stabilire che esso debba indicare l'elezione di domicilio e l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere. È ovvio (sebbene non sia espresso letteralmente) che il singolo aderente debba includere nell'atto anche le proprie generalità e le sue richieste/conclusioni, molto meno ovvie, invece, sono le soluzioni ad alcune altre questioni, e, specificamente:

- a. la legge precisa che, insieme con il deposito dell'atto, debba essere depositata anche la "relativa documentazione probatoria". Non si capisce se questo inciso determini una decadenza o meno, magari anche solo in relazione alla produzione di "documenti". Sembra preferibile la soluzione negativa, in quanto tale eventuale ipotesi di decadenza non è sancita esplicitamente;
- b. in base alla lettera della legge, l'atto di adesione va compiuto "senza il ministero di difensore": non si comprende se questa espressione vada interpretata come un vero e proprio divieto di difesa tecnica. Sembra preferibile la soluzione opposta per il semplice fatto che tale interpretazione costituirebbe un *unicum* nel sistema processuale italiano e dunque dovrebbe essere esplicitamente sancita dalla lettera della legge: ne consegue che la disposizione in oggetto si limita a conferire all'aderente la possibilità di stare in giudizio senza il ministero del difensore, ma tale soggetto è anche libero di decidere di avvalersi di difesa tecnica.

VIII) (segue) L'adesione: la fase di decisione sugli atti di adesione.

Curiosamente, la legge tace del tutto sulla procedura in ordine all'ammissione di ogni singolo atto di adesione. Apparentemente, ciò potrebbe sembrare un'omissione legislativa molto grave, a ben vedere, però, non è così: in realtà, tutta la fase di decisione sull'ammissione delle singole domande di adesione deve essere oggetto dell'ordinanza di ammissione dell'azione collettiva. Non a caso, l'art. 140-bis, comma 11, Cod. Cons., prevede che tale ordinanza determini generaliter "il corso della procedura... nel rispetto del contraddittorio": se ne deve dedurre che la disciplina della decisione sull'ammissione dei singoli atti di adesione costituisca addirittura parte essenziale del contenuto

dell'ordinanza, in assenza del quale l'intero procedimento non potrebbe proseguire regolarmente.

Da ciò consegue un'ulteriore elemento: l'aderente può chiedere l'ammissione di tutti i mezzi di prova che egli reputi necessari per la decisione sull'ammissione del proprio atto di adesione, nel rispetto delle regole in materia di istruzione probatoria specificamente dettate dal tribunale nella suddetta ordinanza.

Rimangono due punti oscuri:

a) esistono rimedi nel caso il tribunale rigetti un atto di adesione?

Per l'aderente parrebbe proprio di no: in realtà sembra comunque possibile immaginare un'ipotesi ricostruttiva piuttosto ardita, ma non del tutto destituita di fondamento logico, in forza della quale l'aderente potrebbe proporre reclamo contro un'ordinanza di ammissione dell'azione collettiva che rendesse per lui materialmente impossibile l'accoglimento del proprio atto di adesione (magari perché ponesse vincoli probatori da lui ritenuti irragionevolmente insormontabili). L'art. 140-bis, comma 9, lett. b), Cod. Cons., infatti, individua solo un termine finale per il deposito degli atti di adesione, concretamente determinato dal tribunale nell'ordinanza che ammette l'azione collettiva: tale termine è "non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità". Potrebbe quindi accadere che un consumatore/utente, particolarmente attento alle vicende processuali, venga a conoscenza dell'ordinanza di ammissione dell'azione collettiva anche prima dell'effettuazione di una qualunque forma di pubblicità, e, più precisamente, potrebbe accadere che tale soggetto depositi un atto di adesione immediatamente dopo l'emanazione della suddetta ordinanza, dunque entro il termine di trenta giorni concesso dalla legge per proporre reclamo. Ora: se si ritiene che l'atto di adesione sia sufficiente per l'ingresso nel processo del consumatore/utente (ciò è comunque molto dubbio, perché è ragionevole supporre che il proponente l'atto di adesione diventi "aderente" solo a seguito di accoglimento dell'atto stesso), egli potrebbe essere ancora nei termini per proporre reclamo contro un'ordinanza di ammissione dell'intera azione collettiva che gli rendesse intrinsecamente, strutturalmente e irragionevolmente impossibile vedersi accolto l'atto di adesione. L'art. 140-bis, comma 7, Cod. Cons., infatti, prevede che l'ordinanza che decide sull'ammissibilità dell'azione di classe sia "reclamabile", ma non stabilisce che sia reclamabile solo ad opera dei soggetti che ricoprano formalmente la qualità di "attore" e di "convenuto".

Comunque, la presenza nell'ordinanza di ammissione dell'azione di classe di elementi che possano precludere irragionevolmente (magari anche solo sotto il profilo probatorio) a potenziali aderenti ogni possibilità di vedersi accolti i propri atti di adesione, costituirebbe un fondato motivo di reclamo direttamente da parte dell'attore, sempreché egli sia in grado di individuare tali problematiche in prospettiva potenziale ed entro il termine concesso dalla legge per l'esperimento dell'impugnazione.

b) quali sono le conseguenze del rigetto dell'atto di adesione?

Il consumatore/utente non potrà prendere parte all'azione di classe, l'esito della quale, ovviamente, non potrà fare stato anche nei suoi confronti. Se ne deve dedurre, quindi, che egli ritorni (o permanga, se si ritiene che l'adesione avvenga solo al momento dell'accoglimento dell'atto di adesione) nel pieno godimento del proprio diritto di proporre azioni individuali di ogni tipo per i fatti interessati dall'azione di classe.

IX) (segue) L'adesione: l'aderente e la qualità di "parte".

Rilevanti conseguenze pratiche sono determinate dalla soluzione di un problema eminentemente dogmatico: l'aderente può essere definito "parte"?

Le disposizioni generali del codice di procedura civile non sono d'aiuto per risolvere questo interrogativo: il codice, infatti, non fornisce una specifica definizione di "parte". Le nostre riflessioni, quindi, non possono che trarre spunto solamente dalle caratteristiche dell'aderente come delineato dall'art. 140-bis Cod. Cons.

La legge tace completamente sul ruolo dell'aderente nello svolgimento dell'azione di classe. Siccome il modello entro il quale si innesta l'art. 140-bis Cod. Cons. è costituito dal processo ordinario determinato dagli articoli 180 ss. del codice di procedura civile, l'aderente parrebbe essere solo uno "spettatore qualificato", cioè un soggetto che partecipa all'azione collettiva al solo scopo di fare in modo che il suo esito faccia stato anche nei suoi confronti.

Nondimeno, l'ordinanza che ha deciso sull'ammissibilità dell'azione di classe è stata disegnata per essere lo strumento con cui il tribunale disciplina interamente l'istruzione probatoria, salvo il rispetto del contraddittorio: si ritiene, dunque, che in tale ordinanza si possa prevedere anche che ogni (futuro) aderente sia legittimato a presentare istanze probatorie finalizzate all'accoglimento (non della sua specifica pretesa ma) della domanda cui è preordinata l'intera azione.

Ora, l'adesione comporta la rinuncia a ogni azione individuale restitutoria o risarcitoria: ciò potrebbe condurre a ritenere che l'aderente rinunci ad essere "parte" in tali giudizi poiché egli è già "parte" nell'ambito dell'azione di classe. Nondimeno: l'aderente non può influenzare il *petitum*, ed è coinvolto nel processo solo in una posizione strutturalmente limitata. Inoltre, se il legislatore avesse ritenuto di considerare "parte" anche l'aderente non avrebbe sentito la necessità di introdurre la stessa nuova definizione di "aderente", limitandosi a rinviare alla normale nozione di intervento nel processo. Oppure, dopo aver introdotto la nozione di "aderente", avrebbe percepito il bisogno di definirlo esplicitamente "parte".

Al contrario, l'art. 140-bis, comma 14, Cod. Cons., si esprime letteralmente nei seguenti termini: "la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti". Ora: la sentenza fa sempre stato tra le parti, dunque si può argomentare che il legislatore abbia usato proprio queste parole per precisare che, oltre le parti (attore, convenuto ed eventuali soggetti intervenuti nel processo ex art. 106 e 107 c.p.c.), la sentenza resa a seguito di azione di classe abbia la particolare caratteristica di vincolare soggetti non definibili come "parti" ma solo, appunto, come "aderenti".

In modo ancora più chiaro, l'art. 140-bis, comma 15, Cod. Cons. prevede che "le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti...": da ciò si può trarre un argomento abbastanza incontrovertibile per sostenere che gli "aderenti" non acquisiscano la qualità di "parti".

X) Le altre forme di intervento nel giudizio

L'art. 140-bis, comma 10, Cod. Cons., prevede esplicitamente che "è escluso l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 del codice di procedura civile". La ratio di questa disposizione è perfettamente comprensibile: essendo questa un'azione di classe, non avrebbe alcun senso disciplinare dettagliatamente la procedura dell'adesione quando rimanesse la possibilità di partecipare al processo tramite la consueta regola sull'intervento volontario.

A contrario, ovviamente, permane la possibilità dell'intervento su istanza di parte (art. 106 c.p.c.) e per ordine del giudice (art. 107 c.p.c.).

XI) Lo svolgimento del giudizio sull'azione di classe: alcuni punti critici.

Sullo svolgimento della fase del giudizio sull'azione di classe la legge omette di fornire una qualunque indicazione: ne consegue che la normativa vada integralmente ricavata per via interpretativa.

La fase dell'istruttoria, come si è già precisato, appare pressoché completamente disponibile da parte del tribunale tramite l'ordinanza che ammette l'azione di classe: se in detta ordinanza non sono disposte deroghe si dovrà applicare la disciplina sancita per il giudizio ordinario.

Tra i vari problemi che si potrebbero porre all'atto dell'applicazione di questo nuovo strumento processuale sembra opportuno soffermarsi almeno su due:

a) gli aderenti possono essere sentiti in qualità di testimoni?

Gli aderenti hanno chiaramente un interesse che li legittimerebbe a partecipare al giudizio: nella struttura dell'azione di classe essi effettivamente partecipano al giudizio in qualità di aderenti (sebbene, come si è detto, probabilmente non ricoprono il ruolo di "parti"). Da ciò si potrebbe argomentare senz'altro nel senso di una totale preclusione per gli aderenti a diventare testimoni. Sorge però, un problema che potrebbe determinare il destino di un numero non indifferente di azioni di classe: nell'ordinanza di ammissione dell'azione collettiva, il tribunale può spingersi a sancire la possibilità di ammettere la testimonianza degli aderenti?

Tutto dipende dall'interpretazione che i giudici vorranno fornire dell'espressione "[l'ordinanza] regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria": secondo un'interpretazione restrittiva, queste parole starebbero solo a significare che il tribunale dispone di ampi poteri di "amministrazione" delle udienze istruttorie; secondo un'interpretazione più equilibrata, si potrebbe ritenere che il tribunale abbia il potere di derogare le regole sull'assunzione delle prove, ma senza spingersi a modificare l'essenza del singolo mezzo di prova o a ritenere ammissibili istanze istruttorie radicalmente inammissibili secondo le regole generali; secondo un'interpretazione più estensiva, in tale frase troverebbe fondamento il potere del tribunale di piegare alle esigenze della specifica azione di classe tutte le regole sulle prove presenti nel diritto civile e processuale italiano;

b) sono possibili modifiche della domanda dedotta in giudizio dopo l'ordinanza di ammissione dell'azione di classe?

A questa domanda ci si sente di rispondere negativamente: *petitum, causa petendi* e ogni altro elemento giuridico e fattuale della fattispecie divengono completamente intangibili, non solo nei loro caratteri essenziali.

In base alla domanda dedotta in atto di citazione, infatti, il tribunale emana l'ordinanza sull'ammissibilità dell'azione di classe e, dunque, individua i parametri che le singole pretese degli aderenti devono rispettare per poter partecipare al giudizio. Permettere una qualunque modifica (anche minima) in corso di causa potrebbe condurre ad una sostanziale elusione della stessa fase di ammissibilità (nei casi più gravi) o, comunque, comporterebbe un non perfetto coordinamento tra la domanda "di classe" e le domande dei singoli aderenti.

XII) La sentenza: peculiarità.

Come in ogni giudizio, la sentenza può accogliere o rigettare la domanda dedotta nell'atto di citazione. In questo caso, però, vi sono tre interessanti particolarità che scaturiscono dalla lettura dell'art. 140-bis, comma 12, Cod. Cons.

Nel caso di accoglimento, recita la legge, "il tribunale 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 o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme", ora:

- a. a prima vista sembrerebbe che le somme possano essere liquidate solo ai sensi dell'art. 1226 c.c. Questa formulazione letterale non deve trarre in inganno: ciò non significa che il danno possa essere liquidato solo con valutazione equitativa, ma, più precisamente, che "se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa";
- b. la legge tace sulle somme liquidate a favore dell'attore, sia esso persona fisica, associazione o comitato. L'unica interpretazione ragionevole di tale omissione è nel senso che la possibilità di una decisione favorevole per l'attore debba considerarsi assolutamente ovvia, e, dunque, non necessiti nemmeno di essere specificata;
- c. le espressioni linguistiche utilizzate sono tali da comportare tre conseguenze:
 - è preclusa la possibilità di utilizzare l'azione di classe per azioni costitutive;
 - l'utilizzo dell'azione di classe al fine di ottenere una pronuncia di accertamento deve necessariamente essere congiunto con una collegata richiesta di pronuncia di condanna;
 - sembra impossibile usare l'azione di classe per ottenere una condanna al risarcimento in forma specifica.

XIII) (segue) La sentenza: spese, efficacia e impugnabilità.

Derogando alla normativa dettata dal codice di procedura civile, la sentenza di condanna ottenuta a seguito di esperimento dell'azione di classe non ha efficacia esecutiva immediata, ma differita: essa diviene efficace "decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione". La scelta (peraltro condivisibile) è stata operata al fine di permettere che l'impresa condannata decida liberamente di procedere ai pagamenti, i quali, se effettuati in tale lasso di tempo, "sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza": in quei sei mesi, cioè, si sospende la decorrenza degli interessi.

L'art. 140-bis Cod. Cons. tace completamente in materia di statuizioni sulle spese conseguenti alla sentenza: nel silenzio della legge, appaiono pacificamente applicabili le disposizioni dettate dal codice di procedura civile. Proprio in relazione a questo aspetto si nota una conseguenza importantissima della non attribuzione agli aderenti della qualità di "parti": se l'attore risulta soccombente egli (o esso), in quanto "parte", può essere condannato al pagamento delle spese legali; nel verificarsi della medesima ipotesi, al contrario, gli aderenti non possono essere condannati. Da ciò si desume che il singolo consumatore/utente ha chiaramente tutto l'interesse a ricoprire il ruolo di aderente rispetto a quello di attore: se l'azione di classe giunge ad esito positivo l'aderente gode di tutti i vantaggi dell'attore; se l'esito è invece infausto, l'aderente ha perso solo il diritto di agire individualmente.

L'appello segue le regole previste per il giudizio ordinario dal codice di procedura civile (anche, v'è da ritenere, in merito all'istruzione probatoria), ma quando venga chiesta, per gravi motivi, la sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza di primo gra-

do, la corte d'appello deve decidere seguendo una serie di parametri dettagliatamente (e correttamente) indicati dal legislatore, poiché deve tenere "altresì conto dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori, nonché delle connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame".

XIV) Rinunce e transazioni.

Il legislatore italiano mostra di conoscere una dinamica fattuale che spesso interessa le *class actions* statunitensi: con una notevole frequenza, infatti, in America le *class actions* non terminano con una sentenza ma attraverso un accordo transattivo.

Supponendo che tale esito possa verificarsi anche nelle azioni di classe, l'art. 140-bis, comma 15, Cod. Cons., si premura di precisare che "le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito"; qualunque fatto che ponga termine al processo evitando una sentenza, inoltre, viene esplicitamente sottoposto al medesimo regime.

La disposizione appena riportata non precisa quali diritti degli aderenti non siano pregiudicati: se ne deve dedurre che nessun diritto degli aderenti possa essere pregiudicato senza una loro espressa manifestazione di volontà in tal senso. Specificamente, però, il principale diritto che gli aderenti recuperano nel momento in cui cessi l'*iter* dell'azione di classe a seguito di rinuncia o transazione non condivisa è costituito dalla possibilità di agire individualmente contro l'impresa già convenuta collettivamente.

6. La proponibilità di altre azioni, di classe e individuali.

Ai sensi dell'art. 140-bis, comma 14, Cod. Cons., "è fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva": anche se non era necessario, il legislatore ritiene opportuno precisare che tutti i soggetti terzi rispetto all'azione di classe permangono nel pieno diritto di agire individualmente. Meno scontato, invece, è il prosieguo del comma, secondo il quale "non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione": la legge precisa (molto opportunamente) le conseguenze della diversa ipotesi in cui altre azioni di classe siano presentate prima di tale termine. In tal caso, se presentate davanti allo stesso tribunale esse vengono riunite d'ufficio, 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". Dal combinato disposto dei diversi termini potrebbe dunque accadere che l'azione di classe presentata davanti al giudice successivamente adito venga riassunta davanti al primo giudice dopo la scadenza del termine per le adesioni: in tal caso si dovrebbe applicare la disposizione precedente e l'azione riassunta verrebbe dichiarata improponibile.

Questa soluzione, perfettamente comprensibile sotto il profilo della razionalità, riesce probabilmente a fugare ogni dubbio sulla legittimità costituzionale dell'azione di classe: infatti, la preclusione di nuove azioni di classe costituisce solo una modalità di esercizio del diritto, poiché nessun individuo viene privato del diritto di agire in giudizio, e, al contempo, non viene introdotta alcuna forma di precedente vincolante.

Si potrebbe porre, però, una questione diversa.

Se un'azione di classe è stata dichiarata inammissibile, l'*iter* processuale non è mai giunto alla scadenza del termine per la presentazione delle adesioni. Da ciò si potrebbe dedurre che un'azione di classe dichiarata inammissibile potrebbe essere riproposta senza limiti, anche dallo stesso attore. Questa ipotesi ricostruttiva non appare asso-

lutamente convincente: innanzitutto essa va a collidere con un principio basilare di logica e di economia processuale (un tribunale potrebbe risultare paralizzato dalla riproposizione all'infinito della medesima azione di classe), secondariamente la legge prevede espressamente la "riunione" o la "riassunzione" (e poi, conseguentemente, la riunione d'ufficio) nel caso di domande di azione di classe presentate successivamente alla prima domanda ma entro la scadenza del termine per il deposito delle adesioni. Il tenore letterale di queste espressioni implica l'esistenza di un'azione di classe ancora *in itinere*, sia già stata raggiunta o meno la decisione sull'ammissibilità: se l'azione di classe è già stata dichiarata inammissibile non sarebbe possibile alcuna riunione di procedimenti per il semplice motivo che non esisterebbe più un procedimento in via di svolgimento. Si può dunque argomentare pacificamente nel senso di escludere la riproponibilità di azioni collettive per i medesimi fatti nei confronti della stessa impresa allorquando sia già stata emanata ordinanza di inammissibilità.

Nondimeno alcune altre perplessità permangono.

Ai sensi dell'art. 140-bis, comma 3, Cod. Cons., "l'adesione comporta rinuncia ad ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo". Da questa formulazione letterale sorgono due distinte questioni:

- a. se la legge prevede espressamente che l'adesione comporti rinuncia alle azioni restitutorie o risarcitorie individuali, si potrebbe dedurre, *a contrario*, che la partecipazione all'azione di classe in qualità di attore (nelle tre modalità ammesse: personalmente, conferendo mandato ad un'associazione o partecipando a un comitato) non precluda le azioni individuali.

Ora, tale interpretazione postula l'esistenza di un'intrinseca diversità tra azione individuale e azione di classe che appare difficilmente sostenibile: anche l'attore nell'azione di classe, infatti, agisce per la tutela di diritti individuali. Ne consegue, quindi, che, dal punto di vista dell'attore, l'uso dell'azione di classe costituisce una modalità alternativa rispetto all'azione individuale per tutelare gli stessi diritti che potrebbero essere invocati in un'azione individuale. Ergo, la proposizione dell'azione di classe preclude anche all'attore la proposizione di azioni individuali per il medesimo titolo. Resta un dubbio: se l'azione di classe non supera la fase dell'ammissibilità gli attori possono agire individualmente per i medesimi fatti contro la stessa impresa? L'ordinanza con cui viene dichiarata l'inammissibilità non è un provvedimento idoneo, in sé, a fare stato tra le parti: essa lo diventa (forse) solo in virtù della sistematica dell'art. 140-bis Cod. Cons., poiché, come si è visto, preclude la possibilità di proporre nuove azioni di classe per i medesimi fatti contro la stessa impresa, oltre a decidere sulle spese. Da ciò si può argomentare che tale ordinanza possa fare stato solo per le parti del giudizio sull'azione di classe e solo in relazioni ad azioni di classe: d'altronde, ben difficilmente l'ordinanza di inammissibilità andrà a disquisire sul singolo diritto individuale (o sui singoli diritti individuali) dell'attore.

In realtà questo è uno dei punti sui quali dovrà esprimersi la giurisprudenza: in assenza di indicazioni provenienti dalle prime applicazioni della legge, sembra astrattamente preferibile riconoscere la possibilità di agire individualmente, per i medesimi fatti e contro la stessa impresa, agli attori dell'azione di classe dichiarata inammissibile. Tale soluzione, inoltre, si porrebbe in parallelo al caso (già visto supra) della reviviscenza del diritto di azione individuale per gli aderenti a seguito di rigetto dell'atto di adesione;

- b. per espressa disposizione di legge, con l'adesione un consumatore/utente rinuncia solo alle azioni di condanna alle restituzioni e al risarcimento del danno. Se ne potrebbe dedurre, *a contrario*, che l'ambito della rinuncia non coinvolga anche eventuali azioni individuali di accertamento o costitutive, il

che risulterebbe (almeno parzialmente) contraddittorio rispetto alla regola generale stabilita dall'art. 140-bis, comma 1, Cod. Cons. Secondo tale disposizione, infatti, il consumatore/utente può utilizzare l'azione di classe “*per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni*”: ebbene, se il consumatore/utente ricopre la particolarissima veste processuale di aderente sembrerebbero comunque esperibili parallele azioni individuali di accertamento o costitutive. Ora, in realtà l'azione di condanna presuppone sempre l'accertamento di un diritto, dunque si può ragionevolmente ritenere che la preclusione si estenda anche alle azioni individuali di accertamento.

La discrasia potrebbe forse ritenersi esistente in relazione alle azioni costitutive: non si può escludere che si possano presentare fattispecie particolari in cui la sentenza costitutiva individuale integri una qualche forma di tutela alternativa alla condanna alle restituzioni e al risarcimento del danno. In tali ipotetici casi, per l'aderente sarebbe utile - e parrebbe giuridicamente possibile - esperire un'azione individuale costitutiva anche in contemporanea rispetto all'azione di classe.

7. Considerazioni conclusive.

Esprimere una valutazione su un testo complesso come quello costituito dall'art. 140-bis Cod. Cons. senza poterne ancora apprezzare alcuna applicazione concreta può costituire un esercizio critico che pecca di astrattezza.

Nondimeno non si può negare che questa azione di classe risolve molti tra i problemi che erano posti dall'“azione collettiva” nella formulazione determinata dalla finanziaria per l'anno 2008 e fortunatamente mai divenuta efficace. In via di estrema sintesi, la presente versione:

- a. ha il pregio di non presentare più i vistosi difetti di legittimità costituzionale che affliggevano il testo precedente;
- b. tutela il diritto costituzionale di ogni soggetto di agire in giudizio per la difesa di un proprio diritto, distinguendosi chiaramente dal modello statunitense che richiede l'esercizio dell'“*opting out*” per ogni consumatore/utente che desideri sottrarsi all'ambito di efficacia delle sentenze che definiscono le *class actions*;
- c. prevede una fase di ammissibilità che costituisce un filtro atto ad impedire che venga dato corso ad azioni di classe del tutto prive di fondamento ma motivate solo dalla volontà di operare indebite pressioni sulle imprese;
- d. sancisce l'obbligo di statuire sulle spese di giudizio nel caso l'azione di classe venga dichiarata inammissibile;
- e. riconosce il diritto di agire anche ai singoli consumatori/utenti, superando l'assurdo monopolio che il testo precedente riconosceva in capo ad alcune associazioni dei consumatori;
- f. permette che possano essere convenuti anche soggetti pubblici esercenti attività imprenditoriali e, dunque, definibili come “imprese”.

Ciò non basta per esprimere un parere positivo poiché rimangono tre gravi perplessità di ordine schiettamente procedurale e un dubbio di carattere generale.

Sotto il profilo processuale poteva certamente essere individuato con più chiarezza l'ambito oggettivo interessato dall'azione di classe: tra “diritti omogenei” (art. 140-bis, comma 1, Cod. Cons.), “diritti identici” (art. 140-bis, comma 2, lett. b e c, Cod. Cons.),

“situazione identica” (art. 140-bis, comma 2, lett. a), Cod. Cons.) e “identità dei diritti individuali tutelabili” (art. 140-bis, comma 6, Cod. Cons.), non pensiamo di essere profeti di sventura se immaginiamo il plausibile verificarsi di una certa confusione e la necessità di svariati interventi giurisprudenziali chiarificatori.

Anche sotto questo aspetto, comunque, giova notare che, perlomeno, la presente versione si limita a menzionare “diritti individuali”, senza introdurre nel nostro ordinamento fantomatiche figure quali gli “interessi collettivi”, ambigua e incomprensibile formula che contraddistingueva il testo precedente.

Il secondo rilievo processuale riguarda l’istruzione probatoria. Innanzitutto sarebbe stato utile se la legge avesse precisato quale sia l’ampiezza (e l’oggetto) dell’istruzione probatoria nella fase dell’ammissibilità dell’azione di classe, ma il vero problema riguarda la disciplina durante il giudizio di merito. L’ordinanza che ammette l’azione di classe, infatti, è disegnata dal legislatore come uno strumento di inusitata potenza consegnato nella mani del tribunale collegiale: il tenore letterale delle disposizioni autorizza a ritenere che l’intero modello di istruzione probatoria possa essere rivoluzionato attraverso tale ordinanza. Paradossalmente, tale provvedimento potrebbe sostituire le norme civilistiche e processualcivilistiche generali in materia di prove, modificando non solo aspetti marginali (ad esempio le modalità di assunzione dei testimoni), ma assolutamente determinanti (ad esempio l’ammissione di prove considerate inammissibili ai sensi del codice di procedura civile, fino a giungere alla possibilità di assumere prove d’ufficio o, magari, anche a modificare principi generali in materia di onere della prova).

Si auspica (e, sinceramente, si è anche propensi a ritenere) che la giurisprudenza si avvalga con estrema cautela di un simile potere assoluto (nel senso etimologico del termine), privilegiando, per quanto possibile, interpretazioni in grado di garantire il minor allontanamento possibile dal modello del giudizio ordinario e solo quando ciò sia strettamente dipendente dalle peculiarità della fattispecie. Nondimeno, questa scelta del legislatore è stata azzardata e, forse, non del tutto compresa nelle sue potenzialità dirompenti.

Il terzo rilievo di natura processuale riguarda la scelta operata in relazione alla competenza per territorio. È pur vero che concentrare le azioni di classe solamente nei grandi tribunali metropolitani permetterà l’individuazione di giudici distaccati stabilmente a questo tipo di controversie, con un vantaggio sotto il punto di vista dell’esperienza che essi acquisteranno nel tempo; è pur vero che solo i grandi tribunali possono permettersi di evitare la paralisi a seguito della proposizione di azioni intrinsecamente complesse quali le azioni di classe; tutto ciò però non basta a fugare il dubbio che questa scelta legislativa possa cagionare, come ricaduta indiretta, l’aumento della tempistica media per la definizione di un giudizio civile di primo grado. Questa conseguenza si verificherebbe solo nei tribunali competenti a conoscere delle azioni di classe, introducendo un ulteriore elemento di disparità geografica e di aleatorietà nella realtà sociale e giudiziaria italiana.

Sotto un profilo generale permane il dubbio sull’utilità di questa novella: assodato che il modulo della *class action* statunitense non è accoglibile nel nostro ordinamento senza sconfinare nell’illegittimità costituzionale, non sembra ci fosse bisogno di inventare l’azione di classe. In altri termini: l’azione di classe, così come determinata dall’art. 140-bis Cod. Cons., non è altro che una modalità alternativa di intervento volontario di terzi in un procedimento civile.

Se lo scopo era quello di favorire l’intervento dei consumatori/utenti in processi iniziati da altri sarebbe stato forse più opportuno semplificare le norme sul mandato giudiziale

(magari abrogando gli assurdi limiti stabiliti dal codice di procedura civile in materia di autenticazione delle firme) e prevedere una nuova figura di “intervento in adesione”. Tale operazione si sarebbe potuta agevolmente svolgere con una limitatissima novella al codice vigente (magari attraverso l'introduzione di un articolo 105-bis c.p.c.), la quale, peraltro, non avrebbe contribuito al pericoloso fenomeno della proliferazione dei riti.

Sullo sfondo di questa legge, quindi, permane l'ombra di un intervento parlamentare e governativo “a furor di popolo”, non tanto finalizzato ad elevare gli standard di tutela per consumatori e utenti, quanto a dichiarare politicamente di aver finalmente introdotto l'agognata *class action*, novello baluardo contro le ingiustizie dei ricchi e dei prepotenti.

Salvo poi accorgersi, in futuro, che una limitata e prosaica modifica al nostro vetusto codice di procedura civile sarebbe stata molto più utile che un vano sventolio delle fotografie di Erin Brockovich.

IBL Briefing Paper

CHI SIAMO

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

COSA VOGLIAMO

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.

I BRIEFING PAPER

I "Briefing Papers" dell'Istituto Bruno Leoni vogliono mettere a disposizione di tutti, e in particolare dei professionisti dell'informazione, un punto di vista originale e coerentemente liberale su questioni d'attualità di sicuro interesse. I Briefing Papers vengono pubblicati e divulgati ogni mese. Essi sono liberamente scaricabili dal sito www.brunoleoni.it.