

21 - 61

Doutrina Internacional

LA CLASS ACTION IN ITALIA

TERESA CINZIA COMBERIATI

LA CLASS ACTION IN ITALIA

THE CLASS ACTION IN ITALY

TERESA CINZIA COMBERIATI

Avvocato

Università di Bologna

teresa.comberiat@yahoo.it

Sommario. – 1. Premessa. – Segue. *Class action* e le prospettive di riforma. – 2. L'art. 140-bis cod. cons.: l'attuale ambito di applicazione. – 3. La legittimazione ad agire. – 4. La natura giuridica e la disciplina degli atti di adesione. – 5. Gli atti introduttivi del giudizio. – 6. La fase di ammissibilità dell'azione di classe. – 7. L'ordinanza che ammette l'azione di classe. – 8. L'adesione all'azione di classe ed il meccanismo dell'*opt-in*. – 9 La sentenza.

1. Premessa

La disciplina dell'azione di classe è stata introdotta per la prima volta nell'ordinamento italiano con l. 24 dicembre 2007, n. 244.

L'originaria versione dell'art. 140-bis cod. cons.¹, rubricato «azione collettiva risarcitoria»², non entrò mai in vigore ed in pochi anni

1 L'art. 140-bis del D.Lgs. 6 Settembre, n. 206, introdotto dalla l. 24 Dicembre 2007 n. 244, art. 2, così recitava al comma 1°: «le associazioni di cui al comma 1 dell'articolo 139 e gli altri soggetti di cui al comma 2 del presente articolo sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'articolo 1342 del codice civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti»

2 L'art. 2, comma 447, della legge n. 204 del 2007 stabiliva una *vacatio* di centottanta giorni; in seguito, il legislatore ha prorogato l'entrata in vigore dell'art. 140-bis cod. cons. sino all'intervento della riforma; a riguardo v. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro It.*, 2009, p. 388 ss.; PUNZI, *L'azione di classe» a tutela dei consumatori e utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 253. Sulla precedente disciplina si segnalano: *Le azioni seriali*, a cura di MENCHINI, in *Quaderni de «Il giusto processo civile»*, Napoli 2008, p. 11 ss.; *La conciliazione collettiva*, a cura di GITTI e GIUSSANI, Milano 2009, 3 ss; *Class action! (?)*, in *Analisi giuridica dell'impresa*, a cura di LENER e RESCIGNO, Bologna 2008; BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, Torino 2008; GIUGGIOLI, *La nuova azione collettiva risarcitoria. La c.d. class action italiana*, Padova 2008; GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna 2008; *Azione collettiva risarcitoria (Class action)*, a cura di CESARO, BOCCHINI, Milano 2008.

la norma è stata radicalmente modificata³.

La riforma intervenuta con l. 23 luglio 2009, n. 99⁴, ha, pertanto, novellato l'articolo di riferimento, introducendo uno strumento di tutela a carattere risarcitorio e non più prettamente accertativo del diritto al risarcimento⁵.

Si è passati da un modello di tutela inibitoria ad una tutela di natura risarcitoria, prevedendo quale oggetto gli interessi individuali omogenei (e non più i soli interessi collettivi) che possono essere azionati direttamente dai singoli e non più esclusivamente da parte degli enti esponenziali.

Viene, dunque, riconosciuta la possibilità da parte del singolo consumatore, in quanto adeguatamente rappresentativo della classe, di promuovere esso stesso le azioni di natura risarcitoria, divenendo rappresentante dell'intera categoria, esattamente come avviene nel modello di *class action* di ispirazione nordamericana.

La *class action*, introdotta con la riforma del 2009, rappresenta infatti uno strumento di tutela collettiva, posto a presidio di veri e propri diritti soggettivi seriali ovvero, con terminologia più precisa, isomorfi, intendendosi per essi quei diritti soggettivi che presentano la medesima configurazione e conformazione⁶.

3 AA.Vv., *I diritti del consumatore e la nuova class action*, a cura di DEMARCHI, Bologna, 2010; CERRATO, *Un debutto stonato per la nuova class action italiana*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, p. 619 ss.; COSTANTINO-CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 985 ss.; COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria*, cit., 388 ss.; D'ALFONSO, sub art. 140 bis, *commento*, in AA.Vv., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, diretto da DE CRISTOFARO-ZACCARIA, Milano, 2010, p. 957 ss.; DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 1992.

4 G.U. n. 176 del 31/07/2009.

5 Questo nuovo tipo di azioni, non incontrando più il limite della sola pronuncia generica al risarcimento, consentono di giungere ad una sentenza di condanna al risarcimento del danno che viene liquidato nel suo concreto ammontare.

6 DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit. p. 1932 ss.; AMADEI, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. merito*, 2008, p. 940 ss.

Le varie novelle apportate alla disciplina della *class action* hanno fatto sì che l'istituto subisse una radicale trasformazione nel corso di pochissimi anni.

Infatti, se dapprima l'azione risarcitoria collettiva poteva essere proposta esclusivamente da parte degli enti esponenziali di categoria e per la tutela di interessi di natura eminentemente collettiva, con la riforma del 2009 è stato previsto un vero e proprio accertamento completo sia nell'*an* che nel *quantum* della pretesa risarcitoria, attivabile in via autonoma da parte del singolo per la tutela dei soli diritti individuali omogenei.

Il legislatore ha esteso la possibilità da parte del singolo componente la classe di agire anche per la tutela di interessi a natura eminentemente collettiva⁷.

L'ultimo passo compiuto dal legislatore con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27⁸, è stato infine quello di estendere la tutela risarcitoria approntata dall'azione di classe, non solo ai diritti individuali omogenei, ma anche agli interessi collettivi dei consumatori, così come era previsto prima della riforma operata nel 2009.

La nuova formulazione dell'art. 140 *bis*, 1° comma, cod. cons., all'esito dell'ultima novella del 2012, recita infatti: «i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2° nonché gli interessi collettivi sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo».

7 Si è inteso, in questo modo, avvicinare il nostro modello di azione di classe al famoso istituto del *class action* statunitense, che conosce una massiccia applicazione soprattutto avuto riguardo alla tutela di interessi di natura collettiva da parte dei singoli. Come si vedrà in seguito tale equiparazione non ha sortito l'effetto sperato, anzi è avvenuta con scarsissimi risultati.

8 Riforma apportata con decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività". Detto decreto è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 19 del 24 gennaio 2012 (suppl. ord. n. 18); lo stesso decreto è stato convertito con la legge 24 marzo 2012, n. 27, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 71 del 24 marzo 2012 (suppl. ord. n. 53).

Segue. La *class action* e le prospettive di riforma

Fin da subito la *class action*, così come introdotta all'art. 140-*bis* cod. cons., è apparsa agli addetti ai lavori uno strumento poco incisivo.

Come vedremo nelle pagine che seguono, troppe le criticità che emergono dalla legge per rendere questo strumento accessibile e veramente efficace.

Basti guardare ai numeri per rendersi conto che, in tutti questi anni, la giurisprudenza sul punto ha ottenuto scarsi risultati, dal momento che delle decine di azioni di classe incardinate, solo in una si è giunti ad una sentenza (parzialmente) positiva. Il riferimento è alla *class action* promossa dall'Unione Nazionale Consumatori contro il tour operator Wecantour⁹.

In una siffatta situazione, è evidente come sia auspicabile un incisivo intervento legislativo. Invero, è in attesa di essere approvato al Senato il disegno di legge 1950/XVII, «Disposizioni in materia di azione di classe», recante «Modifiche al codice di procedura civile e abrogazione dell'articolo 140», approvato alla Camera nel giugno del 2015.¹⁰

Dalla lettura della legge approvata all'unanimità alla Camera, emerge il tentativo di discostarsi dall'attuale strumento di tutela collettiva risarcitoria dei consumatori, attraverso un rafforzamento dell'istituto, anche se, in linea di massima, la struttura sembra ripercorre la falsariga dell'art 140-*bis* cod. cons.

Tuttavia, la riforma risulta interessante in quanto l'azione di classe (nonché quella inibitoria) dovrebbe perdere la connotazione di strumento speciale per la tutela dei consumatori e, trasmigrando

9 Il Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, n. 2195, in www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com; con la predetta sentenza è stato riconosciuto il risarcimento del danno da vacanza rovinata a 130 turisti in viaggio a Zanzibar. Come si vedrà in seguito, la pronuncia risulta interessante per le modalità di partecipazione in giudizio degli aderenti all'azione di classe, con particolare riguardo all'ammissione della costituzione in giudizio di terzi intervenitori.

10 Per ragioni legate alle tempistiche di pubblicazione, la presente trattazione non tiene conto del disegno di legge n. 791 approvato dalla Camera dei deputati in data 03 ottobre 2018 e trasmesso dal Presidente della Camera dei deputati alla Presidenza del Senato della Repubblica il 4 ottobre 2018: a tal fine, v. Senato della Repubblica n. 844, in www.senato.it.

nel *corpus* del codice di procedura civile, dovrebbe essere applicabile a qualunque tipo di illecito plurioffensivo¹¹.

La nuova collocazione nel codice di procedura civile dovrebbe, infatti, avere il merito di eliminare ogni riferimento ai consumatori ed agli utenti; pertanto, sarà sempre esperibile in relazione a “diritti individuali omogenei” (ma non a “interessi collettivi”), da ciascun componente della classe, nonché dalle associazioni o comitati il cui scopo sia quello di tutelare i suddetti diritti.

Da ciò, se la riforma dovesse entrare in vigore mantenendo il testo così come approvato alla Camera, sarà espunto dalla disciplina riguardante l'azione di classe l'indicazione tassativa delle situazioni soggettive attualmente tutelate dall'art. 140-*bis* cod. cons.¹² e maturate a fronte di condotte lesive. I destinatari dell'azione saranno le imprese e gli enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, non sarà ammesso l'intervento di terzo e saranno sempre possibili transazioni tra le parti e gli aderenti all'azione.

La rinuncia al diritto fatto valere in giudizio o la transazione conclusa tra le parti non pregiudicherà i diritti di quanti abbiano

11 Art. 840-bis. (Ambito di applicazione) «i diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le disposizioni del presente titolo. A tale fine, un'associazione o un comitato che hanno come scopo la tutela dei predetti diritti o ciascun componente della classe può agire nei confronti dell'autore delle condotte lesive per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. L'azione di classe può essere esperita nei confronti di imprese ovvero nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente a fatti cagionati nello svolgimento delle loro rispettive attività. Sono fatte salve le disposizioni in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici. In ogni caso, resta fermo il diritto all'azione individuale, salvo quanto previsto all'articolo 840-undecies, ottavo comma. Non è ammesso l'intervento dei terzi ai sensi dell'articolo 105. Nel caso in cui, a seguito di accordi transattivi o conciliativi intercorsi tra le parti, vengano a mancare in tutto le parti attrici, il tribunale assegna agli aderenti un termine, non inferiore a quarantacinque giorni e non superiore a novanta giorni, per la prosecuzione della causa, che deve avvenire con la costituzione in giudizio di almeno uno degli aderenti mediante il ministero di un difensore. Nel caso in cui, decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo, non avvenga la prosecuzione del procedimento, il tribunale ne dichiara l'estinzione. A seguito dell'estinzione, resta comunque salvo il diritto all'azione individuale dei soggetti aderenti oppure l'avvio di una nuova azione di classe».

12 L'art. 140-*bis* cod. cons. consente oggi l'azione in caso di danni derivanti dalla violazione di diritti contrattuali o di diritti comunque spettanti al consumatore finale del prodotto o all'utente del servizio, da comportamenti anticoncorrenziali o da pratiche commerciali scorrette.

aderito all'azione nella fase iniziale. Questi ultimi, anche se le parti venissero meno, avranno, infatti, la possibilità di riassumere la causa entro un termine assegnato dal tribunale. Se non lo faranno, il tribunale dichiarerà l'estinzione del procedimento e i soggetti aderenti potranno eventualmente agire individualmente.

Inoltre, per mero scrupolo di esaustività, si fa presente che la riforma prevede l'inserimento di una disposizione *ad hoc* che introduce un'azione inibitoria collettiva esperibile da chiunque per ottenere un ordine, assistito da misure coercitive, di cessazione o di non reiterazione di condotte illecite commissive o omissive, a prescindere dalla loro dannosità¹³.

La novella, pertanto, dovrebbe inserire tra i procedimenti speciali previsti dal codice di procedura civile una *class action* caratterizzata da una procedura che presenta tre fasi (decisione sull'ammissibilità dell'azione, sul merito e liquidazione delle somme dovute agli aderenti) ed un modello di adesione che ritengo di poter definire "ibrido", in quanto consente, a differenza dell'attuale disciplina, l'adesione del *class member* in un momento successivo alla sentenza.

Pertanto, appare evidente l'intento del legislatore di agevolare quanto più possibile la formazione e l'aggregazione della

13 Art. 840-sexiesdecies. (Azione inibitoria collettiva) «chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti, può agire per ottenere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva. L'azione può essere esperita nei confronti di imprese o di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità relativamente a fatti commessi nello svolgimento delle loro rispettive attività. La domanda si propone con le forme del processo ordinario alla sezione specializzata in materia di impresa. Si applica l'articolo 840-quinquies. Il tribunale può avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici. Con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, su istanza di parte, adottare i provvedimenti di cui all'articolo 614-bis, anche fuori dei casi ivi previsti. Con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, anche d'ufficio, ordinare che la parte soccombente adotti le misure più opportune ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate. Il giudice, su istanza di parte, condanna la parte soccombente a dare diffusione del provvedimento, nei modi e nei tempi definiti nello stesso, mediante utilizzo dei mezzi di comunicazione ritenuti più appropriati. Quando l'azione inibitoria collettiva è proposta congiuntamente all'azione di classe, il giudice dispone la separazione delle cause. Sono fatte salve le disposizioni previste in materia dalle leggi speciali».

classe, introducendo un meccanismo di adesione a doppia fase, che racchiude elementi più tradizionali con altri tipici degli ordinamenti giuridici di *common law*.

La prima fase procederà e, di conseguenza, si concluderà, così come avviene attualmente, con il giudizio di ammissibilità di cui all'art. 140-*bis* cod. cons.: la *class action* sarà sempre proposta con citazione, ma non più davanti tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma davanti al tribunale delle imprese; l'atto di citazione, inoltre, sarà sempre notificato all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità.

L'atto sarà pubblicato nell'area pubblica del portale dei servizi telematici gestito dal ministero della Giustizia¹⁴ ed entro 30 giorni dalla prima udienza il tribunale deciderà sull'ammissibilità; l'azione sarà dichiarata inammissibile se:

- manifestamente infondata. Non sarà possibile una nuova proposizione in presenza di circostanze diverse o nuove ragioni di fatto o di diritto;
- carente del requisito dell'omogeneità dei diritti;
- l'attore è in conflitto di interessi nei confronti del convenuto;
- proposta da associazioni o comitati non adeguatamente rappresentativi degli interessi fatti valere.

Altra novità interessante è che, a differenza di quanto (non) previsto dall'attuale disciplina, la riforma chiarisce che l'ordinanza di ammissibilità (oltre che impugnabile in Corte d'appello) sarà ricorribile in Cassazione¹⁵, diversamente da quanto previsto

¹⁴ Pare efficace la scelta di rendere conoscibile l'atto di citazione mediante la pubblicazione sul portale dei servizi telematici del Ministero della Giustizia, favorendo così l'*opt-in* da parte dei titolari di diritti omogenei rispetto a quelli azionati dall'attore.

¹⁵ Art. 840-ter. (Forma e ammissibilità della domanda) «la domanda per l'azione di classe si propone con atto di citazione davanti alla sezione specializzata in materia di impresa. L'atto di citazione è notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale

recentemente dalle sezioni unite della Suprema Corte¹⁶.

Conclusasi la fase del giudizio di ammissibilità che, come detto, è strutturato sulla falsariga di quello dell'attuale art. 140-*bis* cod. cons. e sul quale non mancano criticità che verranno puntualmente esaminate nel corso della presente trattazione, si aprirà il primo dei due momenti per effettuare l'adesione, che potrà avvenire: 1) nella fase immediatamente successiva all'ordinanza che ammette l'azione; pertanto, coloro che aderiscono in questa fase, pur non assumendo la qualità di parte, possono ricevere tutte le informazioni dalla cancelleria e possono, qualora le parti decidano di transigere, riassumere il procedimento¹⁷; 2) nella fase successiva

può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità. L'atto di citazione è pubblicato, a cura della cancelleria ed entro quindici giorni dall'iscrizione a ruolo della causa, nell'area pubblica del portale dei servizi telematici gestito dal Ministero della giustizia, in modo da assicurare l'agevole reperibilità delle informazioni in esso contenute. Entro il termine di trenta giorni dalla prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda. La domanda è dichiarata inammissibile: a) quando è manifestamente infondata; b) quando il tribunale non ravvisa omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi dell'articolo 840- bis; c) quando l'attore versa in stato di conflitto di interessi nei confronti del convenuto; d) quando l'associazione o il comitato non sono adeguatamente rappresentativi degli interessi fatti valere in giudizio. L'ordinanza che decide sull'ammissibilità è pubblicata, a cura della cancelleria, nell'area pubblica del portale telematico di cui al secondo comma, entro quindici giorni dalla pronuncia. Quando l'inammissibilità è dichiarata a norma del quarto comma, lettera a), l'attore può riproporre l'azione di classe quando si verificano mutamenti delle circostanze o vengono dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto. L'ordinanza che decide sull'ammissibilità dell'azione di classe è reclamabile dalle parti davanti alla corte di appello nel termine di trenta giorni dalla sua comunicazione o dalla sua notificazione, se anteriore. Il ricorso deve essere notificato al pubblico ministero. Sul reclamo la corte di appello decide con ordinanza in camera di consiglio entro quaranta giorni dal deposito del ricorso. In caso di accertamento dell'ammissibilità della domanda, la corte di appello trasmette gli atti al tribunale originariamente adito per la prosecuzione della causa. Avverso l'ordinanza emessa dalla corte di appello è ammesso il ricorso per cassazione. Il reclamo e il ricorso per cassazione avverso le ordinanze ammissive non sospendono il procedimento davanti al tribunale».

16 Cass., sez. un., 1° febbraio 2017, n. 2610, in www.dejuregiuffre.it

17 Art. 840-quinquies. (Procedimento) «con l'ordinanza con cui ammette l'azione di classe, il tribunale fissa un termine per l'adesione all'azione medesima da parte dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei e provvede secondo quanto previsto dall'articolo 840-sexies, primo comma, lettera c). Si applica in quanto compatibile l'articolo 840-septies. L'aderente non assume la qualità di parte e ha diritto ad accedere al fascicolo informativo e a ricevere tutte le comunicazioni a cura della cancelleria. I diritti di coloro che aderiscono a norma del presente comma sono accertati secondo le disposizioni di cui all'articolo 840- octies, successivamente alla pronuncia della sentenza che accoglie l'azione di classe. Il tribunale, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione

alla sentenza¹⁸ che definisce il giudizio.

rilevanti in relazione all'oggetto del giudizio. Quando è nominato un consulente tecnico, l'obbligo di pagare le spese, l'acconto e il compenso a quest'ultimo spettanti sono posti a carico del convenuto; l'inottemperanza all'obbligo di cui al presente comma non costituisce motivo di mancata accettazione o di rinuncia all'incarico. Ai fini dell'accertamento della responsabilità del convenuto il tribunale può avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici».

18 Art. 840-sexies. (Sentenza) «con la sentenza che accoglie l'azione di classe, il tribunale: a) provvede in ordine alle domande risarcitorie o restitutorie proposte dall'attore, quando l'azione è stata proposta da un soggetto diverso da un'associazione o da un comitato; b) accerta che il convenuto, con la condotta addebitatagli dall'attore, ha leso diritti individuali omogenei; c) definisce i caratteri dei diritti individuali omogenei di cui alla lettera b), specificando gli elementi necessari per l'inclusione nella classe dei soggetti di cui alla lettera e); d) stabilisce la documentazione che deve essere eventualmente prodotta per fornire prova della titolarità dei diritti individuali di cui alla lettera b); e) dichiara aperta la procedura di adesione e fissa il termine perentorio, non superiore a centottanta giorni, per l'adesione all'azione di classe da parte dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei di cui alla lettera b) nonché per l'eventuale integrazione degli atti e per il compimento delle attività da parte di coloro che hanno aderito a norma dell'articolo 840-quinquies, primo comma; il termine decorre dalla data di pubblicazione della sentenza nell'area pubblica del portale telematico di cui all'articolo 840-ter, secondo comma; f) nomina il giudice delegato per la procedura di adesione; g) nomina il rappresentante comune degli aderenti tra i soggetti aventi i requisiti per la nomina a curatore fallimentare; quando ne fa richiesta, può essere nominato l'avvocato della parte la cui azione è stata accolta; h) determina l'importo da versare a cura di ciascun aderente a titolo di fondo spese e stabilisce le relative modalità. La sentenza è pubblicata nell'area pubblica del portale telematico di cui all'articolo 840-ter, secondo comma, entro quindici giorni dal deposito. Il rappresentante comune è pubblico ufficiale. Il giudice delegato può, dopo averlo sentito, revocare il rappresentante comune in ogni tempo con decreto. Il giudice delegato può in ogni tempo disporre l'integrazione delle somme da versare a cura di ciascun aderente a titolo di fondo spese. Il mancato versamento delle somme rende inefficace l'adesione; l'inefficacia opera di diritto ed è rilevabile d'ufficio. Art. 840-septies. (Modalità di adesione all'azione di classe) L'adesione all'azione di classe si propone mediante inserimento della relativa domanda nel fascicolo informatico, avvalendosi di un'area del portale dei servizi telematici di cui all'articolo 840-ter, secondo comma. La domanda di cui al primo comma, a pena di inammissibilità, deve contenere: a) l'indicazione del tribunale e i dati relativi all'azione di classe a cui il soggetto chiede di aderire; b) i dati identificativi dell'aderente; c) l'indirizzo di posta elettronica certificata dell'aderente; d) la determinazione della cosa oggetto della domanda; e) l'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda di adesione; f) l'indice dei documenti probatori eventualmente prodotti; g) la seguente attestazione: «Consapevole della responsabilità penale prevista dalle disposizioni in materia di dichiarazioni sostitutive, attesto che i dati e i fatti esposti nella domanda e nei documenti prodotti sono veritieri»; h) il conferimento al rappresentante comune, già nominato o che sarà nominato dal giudice, del potere di rappresentare l'aderente e di compiere nel suo interesse tutti gli atti, di natura sia sostanziale sia processuale, relativi al diritto individuale omogeneo esposto nella domanda di adesione; i) i dati necessari per l'accredito delle somme che verranno eventualmente riconosciute a suo favore; l) la dichiarazione di aver provveduto al versamento del fondo spese di cui all'articolo 840-sexies, primo comma, lettera h). L'aderente può produrre, con le modalità di cui al secondo comma, dichiarazioni di terzi, capaci di testimoniare, rilasciate ad un avvocato che attesta l'identità del dichiarante secondo le disposizioni dell'articolo 252; l'avvocato che procede a norma del presente comma è considerato pubblico ufficiale ad ogni effetto. La domanda è valida: a) quando è presentata a norma dell'articolo 65 del codice

Tale ultimo caso rappresenterebbe, qualora ovviamente la legge dovesse passare indenne al Senato, una delle rilevanti novità della riforma.

Il tribunale, infatti, con la sentenza che accoglie l'azione potrebbe, non solo accertare la responsabilità del convenuto e conseguentemente provvedere in ordine alle domande risarcitorie e restitutorie proposte dall'attore, ma potrebbe definire anche i caratteri dei diritti individuali omogenei che consentono l'inserimento nella classe di altri aderenti, individuando la documentazione che dovrà essere prodotta ed assegnando un termine non superiore a 180 giorni per l'adesione.

Il giudice con la sentenza dovrebbe, dunque, indicare le condizioni che devono sussistere affinché il titolare del diritto omogeneo possa aderire all'azione di classe che, pertanto, avverrà allorquando ciascun soggetto sarà in grado di ipotizzare se e in che misura gli sarà riconosciuto il diritto.

Le adesioni che interverranno dopo la sentenza di accoglimento dovrebbero essere gestite da un giudice delegato e da un rappresentante degli aderenti.

Tale ultimo soggetto dovrebbe predisporre il c.d. progetto «dei diritti individuali omogenei degli aderenti»,¹⁹ a seguito del quale sia gli

dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni; oppure b) quando è sottoscritta e inserita nel fascicolo informatico unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità dell'aderente. I documenti probatori sono prodotti mediante inserimento nel fascicolo informatico. La domanda di adesione produce gli effetti della domanda giudiziale e può essere presentata anche senza il ministero di un difensore. L'adesione diventa inefficace in caso di revoca del potere di rappresentanza conferito al rappresentante comune a norma del secondo comma, lettera h). L'inefficacia opera di diritto ed è rilevabile d'ufficio. La revoca è opponibile all'impresa o all'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità da quando è inserita nel fascicolo informatico. La domanda di adesione interrompe la prescrizione; il nuovo periodo di prescrizione decorre dalla data in cui è stata proposta la domanda di adesione. Quando l'azione di classe è stata proposta a norma dell'articolo 840-quater, l'aderente deve dimostrare di non aver potuto far valere i propri diritti entro i termini previsti».

19 Art. 840-octies. (Progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti) «entro il termine

aderenti che il convenuto potranno presentare osservazioni e difese.

In caso di accoglimento delle pretese azionate con le adesioni, il giudice delegato condannerà, con decreto che costituisce titolo esecutivo, il convenuto alla corresponsione delle somme in favore degli aderenti.

Sul piano degli scopi che teoricamente persegue l'azione di classe e tenuto conto delle discipline che negli anni si sono susseguite con riguardo alla tutela collettiva, una tale ipotesi non appare negativa, se si ammette che la *ratio* della tutela dell'azione in questione è il rafforzamento delle posizioni soggettive degli individui deboli appartenenti alla categoria sottostante e l'aumento del loro grado di accesso alla giustizia.

Per ciò che qui maggiormente interessa, ritengo si possa quindi parlare di un'estensione *ultra partes* degli effetti della sentenza civile, secondo la tecnica del c.d. giudicato *secundum eventum litis*. Tale tecnica, che intende superare la concezione dell'efficacia

perentorio di novanta giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 840-sexies, primo comma, lettera e), il convenuto deve depositare una memoria contenente le sue difese, prendendo posizione sui fatti posti da ciascun aderente a fondamento della domanda ed eccependo i fatti estintivi, modificativi o impeditivi dei diritti fatti valere dagli aderenti. I fatti dedotti dall'aderente e non specificatamente contestati dal convenuto nel termine di cui al presente comma si considerano ammessi. Il rappresentante comune degli aderenti, entro novanta giorni dalla scadenza del termine di cui al primo comma, predispone il progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti, rassegnando per ciascuno le sue motivate conclusioni, e lo deposita; il progetto è comunicato agli aderenti e al convenuto. Il rappresentante comune può chiedere al tribunale di nominare uno o più esperti di particolare competenza tecnica che lo assistano per la valutazione dei fatti posti dagli aderenti a fondamento delle domande. Il convenuto e gli aderenti, entro trenta giorni dalla comunicazione di cui al secondo comma, possono depositare osservazioni scritte e documenti integrativi. Nella procedura di adesione non sono ammessi mezzi di prova diversi dalla prova documentale. Il rappresentante comune, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di cui al terzo comma, apporta le eventuali variazioni al progetto dei diritti individuali omogenei e lo deposita nel fascicolo informatico. Il giudice delegato, con decreto succintamente motivato, quando accoglie in tutto o in parte la domanda di adesione, condanna il convenuto al pagamento delle somme o delle cose dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento o di restituzione. Il provvedimento costituisce titolo esecutivo ed è comunicato al convenuto, agli aderenti, al rappresentante comune e ai difensori di cui all'articolo 840- novies. A favore dell'aderente non possono essere liquidate le spese legali sostenute per la presentazione della domanda di adesione o per la partecipazione al procedimento di cui al presente articolo».

unicamente *intra partes* espressa dall'art. 2909 c.c., trova la sua base normativa nell'art. 1306 c.c., il quale limita appunto ai soli effetti favorevoli l'estensione di un giudicato ottenuto da un terzo nei confronti di un medesimo convenuto per un medesimo fatto. Il singolo danneggiato dovrebbe così potersi avvalere del provvedimento generico di condanna, rimanendo onerato, nella successiva fase del giudizio, solo della dimostrazione dell'esistenza del danno individualmente subito, del suo nesso eziologico con il fatto dedotto e della quantificazione del *quantum debeatur* individuale, potendosi difatti avvalere di una sentenza di condanna sull'illiceità della condotta della controparte e sulla risarcibilità dei danni da questa provocati.

Inoltre, nel solco di una tendenza che vorrebbe equiparare il modello di azione di classe italiana al più famoso *class action* statunitense, la legge di riforma prevede una sorta di compenso premiale per il rappresentante degli aderenti e per l'avvocato dell'attore posto a carico della parte soccombente²⁰.

20 Art. 840-novies. (Spese del procedimento) «con il decreto di cui all'articolo 840-octies, il tribunale condanna altresì il convenuto a corrispondere direttamente al rappresentante comune, a titolo di compenso, un importo ulteriore rispetto alle somme dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento e di restituzione. Il compenso è stabilito in considerazione del numero dei componenti la classe in misura progressiva: a) da 1 a 500, nella misura del 9 per cento; b) da 501 a 1.000, nella misura del 6 per cento; c) da 1.001 a 10.000, nella misura del 3 per cento; d) da 10.001 a 100.000, nella misura del 2,5 per cento; e) da 100.001 a 500.000, nella misura dell'1,5 per cento; f) da 500.001 a 1.000.000, nella misura dell'1 per cento; g) oltre 1.000.000, nella misura dello 0,5 per cento. Le percentuali di cui al primo comma sono calcolate sull'importo complessivo dovuto a tutti gli aderenti. Sono altresì dovute le spese sostenute e documentate. L'autorità giudiziaria può aumentare o ridurre l'ammontare del compenso liquidato a norma del primo comma in misura non superiore al 50 per cento, sulla base dei seguenti criteri: a) complessità dell'incarico; b) ricorso all'opera di coadiutori; c) qualità dell'opera prestata; d) sollecitudine con cui sono state condotte le attività; e) numero degli aderenti. Per quanto non previsto dal primo e dal secondo comma, si applicano le disposizioni in materia di spese di giustizia. Con il medesimo decreto, il tribunale condanna altresì il convenuto a corrispondere direttamente all'avvocato che ha difeso l'attore fino alla pronuncia della sentenza di cui all'articolo 840-sexies un importo ulteriore rispetto alle somme dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento e di restituzione. Il predetto importo, riconosciuto a titolo di compenso premiale, è liquidato a norma del primo comma. Quando l'attore è stato difeso da più avvocati, il compenso è ripartito in proporzione all'attività effettivamente prestata. Le disposizioni di cui al sesto comma si applicano anche ai difensori che hanno difeso gli attori delle cause riunite risultati vittoriosi».

Sono previste regole speciali per l'impugnazione della sentenza²¹ e del decreto²², nonché per l'esecuzione forzata c.d. collettiva²³

21 Art. 840-decies. (Impugnazione della sentenza) «gli atti di impugnazione della sentenza di cui all'articolo 840-sexies e i provvedimenti che definiscono i giudizi di impugnazione sono pubblicati nell'area pubblica del portale telematico di cui all'articolo 840-ter, secondo comma. Ai fini dell'impugnazione della sentenza non si applica l'articolo 325 e il termine di cui all'articolo 327 è ridotto della metà. Entro due mesi dalla scadenza del termine di cui al periodo precedente senza che sia intervenuta impugnazione, coloro che hanno aderito a norma dell'articolo 840-quinquies, primo comma, possono proporre atto di impugnazione».

22 Art. 840-undecies. (Impugnazione del decreto) «contro il decreto di cui all'articolo 840-octies può essere proposta opposizione con ricorso depositato presso la cancelleria del tribunale. Il ricorso può essere proposto dal convenuto, dal rappresentante comune e dagli avvocati di cui all'articolo 840-novies, nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento. Il ricorso non sospende l'esecuzione del decreto. Esso deve contenere: a) l'indicazione del tribunale competente; b) le generalità del ricorrente e l'elezione del domicilio nel comune in cui ha sede il giudice adito; c) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'opposizione, con le relative conclusioni; d) a pena di decadenza, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio. Il presidente del tribunale, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, designa il relatore e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro quaranta giorni dal deposito. Il giudice delegato non può far parte del collegio. Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere comunicato ai controinteressati entro cinque giorni dal deposito del decreto. Il resistente deve costituirsi almeno cinque giorni prima dell'udienza, depositando una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto. L'intervento di qualunque interessato non può avere luogo oltre il termine stabilito per la costituzione della parte resistente, con le modalità per questa previste. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto indicarli o produrli prima, per causa ad essa non imputabile. Entro trenta giorni dall'udienza di comparizione delle parti, il tribunale provvede con decreto motivato, con il quale conferma, modifica o revoca il provvedimento impugnato. L'aderente può proporre azione individuale a condizione che la domanda di adesione sia stata revocata prima che il decreto sia divenuto definitivo».

23 Art. 840-terdecies. (Esecuzione forzata collettiva) «l'esecuzione forzata del decreto di cui all'articolo 840-octies, limitatamente alle somme liquidate in favore dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei e che non hanno revocato al rappresentante comune il potere di rappresentanza conferito a norma dell'articolo 840-septies, secondo comma, lettera h), è promossa esclusivamente dal rappresentante comune, che compie tutti gli atti nell'interesse degli aderenti, ivi compresi quelli relativi agli eventuali giudizi di opposizione. La revoca è opponibile all'impresa o all'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità da quando è inserita nel fascicolo informatico e non può essere parziale. Devono essere trattenute e depositate nei modi stabiliti dal giudice dell'esecuzione le somme ricavate per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora divenuti definitivi. Le disposizioni dei commi precedenti non si applicano relativamente ai crediti riconosciuti, con il decreto di cui all'articolo 840-octies, in favore del rappresentante comune e degli avvocati di cui all'articolo 840-novies. Il compenso dovuto al rappresentante comune è liquidato dal giudice in misura non superiore a un decimo della somma ricavata, tenuto conto dei criteri di cui all'articolo 840-novies, secondo comma. Il credito del rappresentante comune liquidato a norma del presente articolo nonché quello liquidato a norma dell'articolo 840-novies, commi primo e secondo, hanno privilegio sui beni oggetto dell'esecuzione. Il rappresentante comune non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato, salvo che per i procedimenti promossi per impugnare atti del giudice delegato o del tribunale».

e per la gestione della fase di adempimento spontaneo²⁴ e di quella conciliativa²⁵.

Certamente, non si tratta di una riforma dirompente che, come detto ricalca il modello procedurale previsto dall'art. 140-*bis* c.p.c.

A tal proposto e nell'attesa che si compia l'*iter* legislativo, ritengo di dover proseguire l'indagine, esaminando i punti salienti

24 Art. 840-duodecies. (Adempimento spontaneo) «quando il debitore provvede spontaneamente al pagamento delle somme stabilite con il decreto di cui all'articolo 840-octies, le somme sono versate su un conto corrente bancario o postale intestato alla procedura aperta con la sentenza di cui all'articolo 840-sexies e vincolato all'ordine del giudice. Il rappresentante comune deposita con la massima sollecitudine il piano di riparto e il giudice delegato ordina il pagamento delle somme spettanti a ciascun aderente. Il rappresentante comune, il debitore e gli avvocati di cui all'articolo 840-novies possono proporre opposizione a norma dell'articolo 840-undecies. Il rappresentante comune deposita la documentazione comprovante i pagamenti effettuati. Per il compimento dell'attività di cui al presente articolo, al rappresentante comune non spetta alcun ulteriore compenso».

25 Art. 840-quaterdecies. (Accordi di natura transattiva) «il tribunale, fino alla precisazione delle conclusioni, formula ove possibile, avuto riguardo al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta del giudice è inserita nell'area pubblica del portale telematico di cui all'articolo 840-ter, secondo comma, ed è comunicata all'indirizzo di posta elettronica certificata indicato da ciascun aderente. L'accordo transattivo o conciliativo concluso tra le parti è inserito nell'area pubblica ed è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata indicato da ciascun aderente, il quale può dichiarare di voler accedere all'accordo medesimo mediante dichiarazione inserita nel fascicolo informatico. Dopo la pronuncia della sentenza di cui all'articolo 840-sexies, il rappresentante comune, nell'interesse degli aderenti, può stipulare con l'impresa o con l'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità uno schema di accordo di natura transattiva. Lo schema è inserito nell'area pubblica di cui all'articolo 840-ter ed è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata indicato da ciascun aderente. Entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al terzo comma, ciascun aderente può inserire nel fascicolo informatico le proprie motivate contestazioni allo schema di accordo. Nei confronti degli aderenti che non formulano contestazioni a norma del presente comma, lo schema di accordo si considera non contestato. Entro trenta giorni dalla scadenza del termine di cui al quarto comma, il giudice delegato, avuto riguardo agli interessi degli aderenti, può autorizzare il rappresentante comune a stipulare l'accordo transattivo. Il provvedimento del giudice delegato è inserito nell'area pubblica di cui all'articolo 840-ter ed è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata indicato da ciascun aderente nonché all'attore. Entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al sesto comma, l'aderente che ha formulato le contestazioni di cui al quarto comma può privare il rappresentante comune della facoltà di stipulare l'accordo transattivo a cui le medesime contestazioni si riferiscono. L'accordo transattivo autorizzato dal giudice delegato e stipulato dal rappresentante comune costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'articolo 480, secondo comma. Il rappresentante comune certifica l'autografia delle sottoscrizioni apposte all'accordo transattivo. L'attore può aderire all'accordo transattivo entro il termine di cui al settimo comma; in tal caso, l'accordo transattivo costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale anche in suo favore».

dell'attuale disciplina dell'azione di classe così come prevista dall'odierna normativa.

2. L'art. 140-*bis* cod. cons.: l'attuale ambito di applicazione

Il legislatore italiano ha previsto l'istituto dell'azione di classe, inserendo la relativa disciplina nel codice del consumo e limitando in tal modo il meccanismo processuale delle tutela collettiva risarcitoria alla sola categoria dei consumatori²⁶.

La disposizione di cui all'art. 140-*bis* cod. cons. contempla la tutela di diritti soggettivi seriali e quella degli interessi collettivi.

Nello specifico sono tutelati:

- “a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;
- b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;
- c) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali”.

26 Diversamente, i sistemi di *common law* non limitano il campo di applicazione del *class action* sulla base dei soggetti danneggiati; le norme dettate a riguardo hanno efficacia *erga omnes*, introdotte nei codici di rito: la *class action* americana è disciplinata dall'art. 23 della Federal Rules of Civil procedure, le *class proceedings* canadesi dallo Uniform Class Proceeding Act 1996, le *class actions* australiane dalla Federal Court of Australia Amendment act 1991, no. 181, § 3, e dal Supreme Court Rules 1999, ch. 1, am. 11.

Come precedentemente anticipato, la riforma del 2009 ha introdotto nel nostro ordinamento la categoria dei diritti individuali omogenei, riconoscendo tutela ai diritti di natura soggettiva seriale, solo in quanto il singolo individuo (*class representative*), al quale viene riconosciuta legittimazione attiva all'azione, risulti adeguatamente rappresentativo degli interessi dell'intera classe²⁷.

Tali situazioni giuridiche sono, secondo la dottrina italiana, «attribuite ai membri della classe, in cui i diritti sono diversi e distinti tra loro, ma dipendono tutti da una comune questione di fatto o di diritto capace di rendere possibile un provvedimento giudiziale di contenuto uniforme e i cui elementi caratterizzanti, ai fini della tutela collettiva, sono i requisiti dell'origine comune e dell'omogeneità, come preminenza delle questioni comuni o collettive su quelle individuali»²⁸.

L'art. 140-bis cod. cons., prima della modifica del 2012, faceva riferimento all'«identità dei diritti»²⁹.

27 L'omogeneità dei diritti individuali è uno dei requisiti di ammissibilità dell'azione di classe maggiormente controverso, oggetto di molteplici ricerche ed approfondimenti dottrinali, soprattutto a causa dell'indeterminatezza e della genericità dell'espressione adoperata dal legislatore, così: AMBROSIANI, *Class action italiana per la tutela dei consumatori*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2010, p. 275.

28 SANTANGELI-PARISI, *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*; nello stesso senso, COMOGGIO, *Aspetto processuali della tutela del consumatore*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 320; AMADEI, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *www.judicium.it*; CAPONI, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 1218.

29 Il comma 2° dell'art. 140-bis cod. cons. disponeva espressamente che «i diritti contrattuali di cui 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; b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali»; ed ancora il comma 6°, che disciplina il c.d. «filtro» di ammissibilità, e cioè le verifiche preliminari che il giudice deve compiere per ammettere l'esperibilità di un'azione di classe, disponeva che la domanda fosse dichiarata inammissibile, tra le altre cause, «quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2».

Ciò rappresentava uno dei principali ostacoli alla piena affermazione dell'istituto in parola, dal momento che la tensione tra "omogeneità" ed "identità" dei diritti condizionava fortemente l'ambito di applicazione dell'azione di classe³⁰.

Pertanto, in dottrina si cercò di dare alla norma una interpretazione "elastica" che potesse consentire l'azione di classe ad un numero maggiore di situazioni; nello specifico, la dottrina maggioritaria ritenne, attraverso un'interpretazione teleologica, strettamente connessa alla natura dei diritti omogenei³¹, che i due concetti potessero essere letti in maniera coincidente³².

30 Per una lettura restrittiva della norma, in caso di interpretazione letterale riguardo ai "diritti identici" COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria* 2009, cit., p. 390; secondo SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit., nota n. 3, sulla base di un'interpretazione ermeneutica, il riferimento ai diritti identici poteva essere interpretato «come una concreta possibilità attribuita al giudice di ripartire la classe attrice in più sottoclassi, sul modello della *class action* americana. In tale ordinamento, infatti, nel caso in cui il giudice accerti che tra gruppi di componenti della classe, pur in presenza di domande simili, vi siano interessi discordanti – naturalmente ove in ogni caso singolarmente e complessivamente si rispettino i requisiti della *commonality* e della *numerosity* – potrà ordinare la divisione in *subclasses*, ognuna con un proprio *class representative*, in modo da evitare possibili conflitti di interesse».

31 Secondo SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit.; MENCHINI-MOTTO, *Art. 140 bis*, in www.judicum.it, secondo cui "identità" ed "omogeneità" erano due termini da leggere non in contrapposizione tra loro «ma congiuntamente, come se si trattasse di un'endiadi». In giurisprudenza: Corte d'Appello di Torino, sez. I, 23.01.2011, in *Foro it.*, 2011, 12, I, c. 3422, secondo cui «l'identità dei diritti individuali tutelabili non deve essere, infatti, intesa secondo un improponibile senso letterale, ma piuttosto armonizzata (a superamento di un solo apparente contrasto) con la previsione di omogeneità di tali diritti, contenuta nel primo comma dell'art. 140-bis D.Lgs. 206/2005 e quindi verificata in relazione al *petitum* (da intendere come oggetto di tutela e quindi di pronuncia richiesta: non già di entità del danno eventualmente subito da ogni correntista, siccome mera circostanza ininfluyente sull'identità, nel senso detto, dei diritti azionati) ed alla *causa petendi* (quale ragione giuridica a fondamento degli stessi): qui indubbiamente ricorrente, per la tutela risarcitoria richiesta in dipendenza della lamentata violazione, individuata nell'applicazione della commissione di scoperto di conto dopo il 15 agosto 2009». Tra le decisioni che si allontanano dalla rigorosa interpretazione offerta dalla tendenza giurisprudenziale principale, si distingue altresì: Corte d'Appello di Roma, 27.01.2012, in *Corr. giur.*, 2013, p. 103, ove si spiega che «il risultato di economia processuale al quale il successo dell'azione è condizionato può essere raggiunto solo a condizione che gli elementi di identità siano del tutto prevalenti rispetto ai profili individuali concernenti la singola posizione». Non si esclude, dunque, in tale arresto, che elementi di diversità fra le posizioni dei vari aderenti possano risultare compatibili con l'azione di classe, purché gli stessi non siano talmente diffusi da impedire l'unitaria trattazione della controversia.

32 Prima delle modifiche apportate con il d.l. n. 1/2012, l'esatta determinazione del requisito di omogeneità era particolarmente controversa. Secondo una prima lettura i diritti tutelati dall'azione dovevano essere *completamente* identici (App. Torino, 27.10.2010, in *Foro it.*,

Alla luce della suddetta interpretazione, infatti, i diritti omogenei ed identici, fatti valere con l'azione di classe, avrebbero necessitato solo di essere la diretta conseguenza dello stesso fatto produttivo³³.

Tale legame, naturalmente inteso come interesse alla rimozione degli effetti dannosi di una stessa condotta illecita, permetteva di qualificare il concetto di "omogeneità" come analogia che lega le diverse pretese individuali ed il concetto di "identità" come rapporto intercorrente tra un'unica condotta illecita e le diverse tipologie di danno da questa prodotte³⁴.

La dimostrazione che questa lettura fosse quella da privilegiare è data proprio dal fatto che il legislatore – consapevole di ciò – ha

2010, I, c. 3530; Trib. Roma, 11.4.2011, *ivi*, 2011, I, c. 3424; App. Roma, 27.1.2012, in *Corr. giur.*, 2013, p. 103).

Secondo un'altra lettura, invece, i diritti tutelati dall'azione dovevano essere solo *parzialmente* identici, cioè *omogenei* (App. Torino, 23.9.2011, in *Foro it.*, 2011, I, c. 3422; Trib. Roma, 25.3.2011, *ivi*, 2011, I, 1889; Trib. Napoli, 9.12.2011, in *www.ilcaso.it*; App. Milano, 3.5.2011, *ibidem*; Trib. Roma, 27.4.2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 903). Con la recente novellazione la questione interpretativa è senz'altro risolta nel secondo senso, poiché il d.l. n. 1/2012 ha eliminato dal testo della legge i riferimenti all'identità, sostituendoli con il requisito di omogeneità. Come conferma la lettura del comma 12° della norma, dunque, i diritti da tutelare potranno dirsi omogenei al ricorrere delle tre seguenti condizioni: *a*) la loro fattispecie causale ha una parte (necessaria) comune, ed una parte (eventuale) differenziata; *b*) 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 imprenditoriale; *c*) la parte differenziata, come detto eventuale, può coprire l'arco delle questioni da cui dipende l'estensione della responsabilità, ovvero la determinazione del *quantum*.

È dubbio se per la determinazione esatta della parte comune occorra rifarsi ai principi giurisprudenziali elaborati con riguardo all'azione ordinaria di condanna generica, ovvero che sia sufficiente per procedere *ex art. 140-bis* cod. cons. che i diritti dei consumatori abbiano in comune solo il fatto potenzialmente produttivo di danno (cfr. Trib. Roma, 27.4.2012, cit.; cfr. App. Milano, 9.11.2013, in *Giur. it.*, 2014, p. 603 con nota di Giussani). Diversamente, qualora si ritenga che le finalità dell'azione di classe postulino un grado di comunanza maggiormente esteso, il requisito di omogeneità dovrebbe rilevarsi in quei diritti che si differenziano esclusivamente sotto il profilo prettamente liquidatorio, non potendosi escludere, ad esempio, un comune nesso di causalità.

33 SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit.

34 SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit.; per COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria*, cit., p. 390, la ricostruzione sembrerebbe confermata dalla disciplina dettata dal comma 12° dell'art. 140-bis cod. cons., circa il potere del giudice di stabilire un criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione del danno.

inteso modificare il testo dell'art. 140-*bis* cod. cons. proprio nel suo aspetto nevralgico, sostituendo il riferimento alla identità con quello alla omogeneità dei diritti.

Con l'espressione "diritti omogenei", si intende, infatti, quella serie di situazioni giuridiche soggettive caratterizzate dalla comunanza della maggior parte degli elementi costitutivi e non di tutti; è proprio la comunanza di detti elementi, e non più la loro integrale identità, a fondare l'interesse della classe ad una trattazione congiunta della causa.

3. La legittimazione ad agire

Per quel che riguarda la legittimazione ad agire, il legislatore italiano, a seguito della novella dell'art. 140-*bis* cod. cons.³⁵, sembra superare il modello definito "europeista", per il quale la tutela collettiva è garantita attraverso le associazioni di categoria, introducendo una soluzione tipicamente anglosassone.

Ed, infatti, attribuendo legittimazione ad agire a tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori a «ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui da mandato o comitati cui partecipa»³⁶, così come previsto dal comma 1° dell'articolo in commento, ricalca il modello di legittimazione previsto dalla *rule 23* della *Federal Rules of civile procedure*

35 Il legislatore, nella precedente versione dell'azione collettiva risarcitoria, in coerenza con la scelta del modello "europeista" di tutela collettiva risarcitoria, aveva attribuito la legittimazione ad agire ad enti esponenziali di tutela degli interessi dei consumatori, e dunque alle «associazioni di cui al comma 1 dell'articolo e gli altri soggetti di cui al comma 2», e cioè come recitava il comma 2° alle «associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere».

36 Si veda in tal senso BOVA, in CONSOLO, BOVA, BUZZELLI, *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, p. 7; CONSOLO, *Class action fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 644; GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 244.

degli Stati Uniti d'America³⁷.

La riforma è stata salutata con favore, in quanto l'attribuzione alle sole associazioni dei consumatori aveva costituito uno degli aspetti maggiormente discussi della formulazione precedente della disposizione³⁸.

37 Stabilisce la *rule 23 della Federal Rules of civil procedure* degli Stati Uniti d'America: «*One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:*

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.».

Si attribuisce la legittimazione ad agire per l'esercizio della *class action* ad uno o più membri della classe, riconoscendo al soggetto cui attribuire la gestione della proposta azione o c.d. *class representative*, individuato a seguito della fase di *certification*; «una sorta di rappresentanza paraorganica della stessa, fenomeno che l'osservatore straniero fatica a collocare nelle categorie giuridiche tradizionali, che potrebbero non solo non agevolare la comprensione, ma risultare in certo modo fuorvianti», così SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, cit.

38 Una legittimazione ad agire attribuita unicamente ad enti esponenziali di tutela dei consumatori correva il rischio di costituire una restrizione alle possibilità di accesso alla giustizia per tutte quelle lesioni seriali rispetto a cui le associazioni dei consumatori avessero ritenuto non conveniente l'esercizio dell'azione collettiva (anche e soprattutto in considerazione dei costi finanziari che una tale azione comporta); dall'altro il pericolo consisteva in un accrescimento della centralità, nel sistema processuale italiano di tutela del consumatore e nella vita pubblica italiana, del fenomeno delle associazioni consumeristiche, con conseguente rischio di costruire un monopolio di azionabilità delle situazioni giuridiche soggettive la cui tutela ad esse venisse legislativamente affidata. Tra i diversi studiosi che espressero perplessità ad una legittimazione ristretta alle sole associazioni dei consumatori CAPONI., *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro it*, 2008, V, c. 282 rilevava come fosse difficile giustificare una legittimazione limitata ad un numero ristretto di associazioni, selezionate attraverso un procedimento di controllo governativo. Tale ristretta limitazione poteva giustificarsi secondo l'a. solo «nelle ipotesi in cui si tratti di anticipare la soglia della tutela giurisdizionale civile, per proteggere un bene che ha unicamente una dimensione collettiva, una dimensione effettivamente superindividuale», non, invece, nel campo dell'azione collettiva risarcitoria, dove l'illecito, aggredendo immediatamente i diritti dei singoli, legittima anche i soggetti che personalmente sono danneggiati ad agire in giudizio in forme diverse da quelle selettive disposte in via amministrativa. Ed in tal senso si rilevava la scelta positiva del legislatore italiano di affiancare ad una legittimazione estesa alle associazioni riconosciute la possibilità di avviare un'azione collettiva anche a comitati costituiti dagli stessi soggetti danneggiati come «stimolo concorrenziale nei confronti delle associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco governativo», op. cit., p. 283. In senso contrario CONSOLO, in CONSOLO, BOVA, BUZZELLI, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 174, il quale rileva come «netta è la percezione che il singolo danneggiato, per la natura stessa delle cose economiche e psicologiche, non può essere - in Italia certo non più che altrove - un appena credibile attore collettivo».

Si assiste, quindi, ad un'estensione della legittimazione ad agire³⁹, che pertanto, appartenendo a ciascun membro del gruppo, diviene di tipo rappresentativo allorquando il diritto individuale omogeneo riconducibile ad una determinata classe unitaria viene azionato da colui che si afferma esserne titolare; quest'ultimo può anche avvalersi di associazioni cui conferisce specifico mandato (necessariamente, in forma scritta) o di comitati cui partecipa, appositamente costituiti.

La legge non prevede che la domanda sia proposta da un numero minimo di consumatori; il giudizio, che può essere azionato da un solo soggetto, in qualità di proponente, si realizzerà in una fase successiva, mediante il sistema delle adesioni, ma a condizione che il class representative, da un lato, non versi in una situazione di conflitto di interessi e, dall'altro lato, sia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe. Se così non fosse, il tribunale dichiarerà inammissibile l'azione⁴⁰.

4. La natura giuridica e la disciplina degli atti di adesione

L'atto di adesione dei consumatori rappresenta un momento cruciale dell'azione di classe⁴¹.

39 Secondo GUISSANI, *La nuova azione collettiva risarcitoria*, in www.aippi.it: «conferire la legittimazione ai singoli individui sembra presentare una forte controindicazione pratica: l'azione collettiva si introduce perché si suppone che le vittime della condotta illecita non dispongano delle risorse per agire in via individuale; dato però che per agire in via collettiva occorrono risorse ancora maggiori, non si capisce facilmente perché le vittime dovrebbero assumersi oneri ancora più gravosi. Nell'esperienza americana la risposta si rinviene nella disciplina delle spese: il difensore tecnico del gruppo può contare su di un consistente incremento degli onorari in caso di accoglimento della domanda, ed è in realtà di fatto lui ad assumere l'iniziativa giurisdizionale ed il relativo rischio economico, avvalendosi del mandato di uno o più membri del gruppo interessato; questa finzione assicura un'efficiente allocazione delle risorse giurisdizionali, perché la scelta di promuovere il contenzioso viene – anche se indirettamente – affidata al soggetto posto nella posizione migliore per valutarne la probabilità di successo, e tale soggetto viene premiato strettamente in ragione dell'accuratezza della sua previsione».

40 Art. 140-bis, comma 6°, cod. cons.

41 Secondo, CAMILLETTI, *L'azione collettiva risarcitoria: profili processuali*, in *I contratti*, 2007,

Tale atto, tipizzato dal 3° comma dell'art. 140-*bis* cod. cons., rappresenta il peculiare strumento offerto all'aderente per la tutela giurisdizionale dei propri diritti⁴².

È da escludersi, pertanto, l'equiparazione dell'aderente alla parte processuale, anche a livello di mero interveniente volontario⁴³, con conseguente inapplicabilità delle norme attinenti al litisconsorzio, necessario o eventuale⁴⁴.

pp. 638-644 «l'adesione può essere qualificata come un atto (formale) unilaterale recettizio in quanto produttivo di effetti solo allorché giunto a conoscenza del proponente e di cui sembra essere sempre possibile la revoca».

42 Non si dimentichi, infatti, come l'art. 140-*bis* cod. cons. non ampli il ventaglio dei diritti sostanziali riconosciuti al consumatore, ma si limiti a concedere un particolare strumento di garanzia ed esprime la mera volontà di rivendicare un diritto che il titolare ben potrebbe azionare attraverso le forme ordinarie del processo civile. Si è espressa in questo senso, peraltro, anche la giurisprudenza intervenuta sulla prima azione di classe: «l'azione di classe è, e rimane, una azione individuale aperta all'adesione di una pluralità di altri soggetti che si trovino in possesso di prestabiliti requisiti soggettivi e obiettivi di uniformità: essa non crea diritti, ma si limita ad estendere la tutela giudiziale, in presenza di determinati presupposti sostanziali e processuali, a tutti i componenti di una classe di consumatori che si trovino, nei confronti della stessa impresa, in una situazione identica, così da apprestare una più agevole tutela (sul piano non soltanto della condivisione degli effetti di condanna dell'impresa, ma anche dell'accesso stesso alla giustizia) a tutti i consumatori che possano vantare (con l'attore e tra loro) diritti individuali omogenei. È, e rimane, un'azione meramente facoltativa: i diritti in questione sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, ma resta ferma la proponibilità dell'azione individuale da parte dei non aderenti» (Corte d'Appello di Torino, 27.10.2010, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2011, p. 109).

43 Si tratta della posizione assunta dalla dottrina largamente maggioritaria. Tra i più autorevoli: CONSOLO-ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, Padova, 2012, p. 135; DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, p. 285; PORCARI, *Le continue oscillazioni dell'azione di classe (ancora alla ricerca della sua vera fisionomia)*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, p. 1612.

44 In un certo senso, potrebbe affermarsi, in termini impropri, che gli aderenti siano litisconsorti necessari, nel senso che la loro mancanza impedisce di inquadrare la domanda dell'attore nell'azione di classe ex art. 140-*bis* cod. cons. Al fine di aggirare, in qualche modo, il dato letterale, che esclude la figura dell'intervento (10° comma dell'art. 140-*bis*), si è proposta una distinzione fra parti in senso formale e parti in senso sostanziale, ventilando, in questo modo, un litisconsorzio necessario integrato dall'adesione, anziché dai meri interventi: secondo GUERNELLI, *La nuova azione di classe: profili processuali*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 2010, p. 919-920 «il versante della proposizione e delle adesioni è stato ritenuto come quello davvero caratterizzante della struttura della nuova azione di classe, in quanto incentrata sulla potenziale scissione fra parti in senso formale e parti in senso sostanziale. Vanno quindi nettamente distinti i due profili: della iniziale proposizione "consueta" (dei singoli) per far valere un diritto proprio, nell'ambito del quale il meccanismo della instaurazione attraverso associazioni o comitati sembra rientrare a pieno titolo nell'art. 77 c.p.c. con tutti i corollari del caso (possibilità di subentro del

A ciò si aggiunga che, la figura dell'aderente non può essere ricondotta a quella dell'interveniente adesivo dipendente, dal momento che a quest'ultimo, a differenza del primo, è inibita la possibilità di proporre un'autonoma domanda giudiziale nei confronti della controparte, per carenza di interesse ad agire, cui conseguirebbe il rigetto della domanda attraverso una pronuncia di mero rito⁴⁵.

Evidente è, inoltre, come non trattandosi di una pluralità di azioni astrattamente scindibili e riunite per questioni di convenienza processuale, non si possa nemmeno parlare di cumulo di azioni soggettive, connesse sotto i profili oggettivi del *petitum* e/o della *causa petendi*, bensì di un'unica azione, quella di classe⁴⁶.

Inoltre, non sembrerebbe neppure ipotizzabile un paragone con la figura dell'intervento volontario, giacché sulla base di quanto previsto dall'art. 105 c.p.c., le posizioni dei soggetti che aderiscono non sono connesse né all'oggetto, né al titolo dedotto dal proponente⁴⁷.

rappresentato; impossibilità di conferimento di poteri solo processuali e non anche sostanziali, ecc.) e quello dell'innesto delle successive adesioni, che provocano, come è stato efficacemente notato un litisconsorzio facoltativo "aggregato", solo eventuale e potenzialmente indeterminato, riguardante diritti individuali omogenei. Si tratta di un fenomeno – quello adesivo – che, come si è rilevato, presenta tratti assai prossimi alla sostituzione processuale ex art. 81 c.p.c. e di cui costituirebbe anzi uno dei casi legislativamente previsti».

45 L'interventore adesivo dipendente non può che limitarsi a perorare le petizioni avanzate della parte che sostiene, mentre l'aderente all'azione di classe è abilitato, anzi tenuto, a specificare il pregiudizio asseritamente sofferto, differenziando inevitabilmente le proprie domande rispetto a quelle del proponente.

46 Sostiene DONATI, *Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo*, in *Contratto e impresa*, 2010, p. 927: «l'atto di adesione, che concorre a fondare l'autonomia della domanda ex art. 140-bis rispetto all'atto di citazione, non è riconducibile all'art. 104 c.p.c. (pluralità di domande contro la stessa parte) perché manca la pluralità delle azioni, essendo l'azione unica, quella di classe; perché le condizioni di accesso all'adesione sono predeterminate dal giudice adito; perché, infine, non si applica il secondo comma dell'art. 103 c.p.c. (litisconsorzio facoltativo), richiamato dall'art. 104, comma II, c.p.c.».

47 Secondo Cass. civ., 14 luglio 2004, n. 13063, in *www.dejuregiuffre.it* «il diritto che, a norma dell'art. 105 c.p.c., primo comma, il terzo può fare valere in un processo pendente tra altre parti, in conflitto con esse (intervento principale) o con alcune soltanto di esse (intervento litisconsortile o adesivo autonomo) deve essere relativo all'oggetto, ovvero dipendente dal titolo e, quindi, individuabile rispettivamente con riferimento al 'petitum' o alla 'causa petendi', non essendo al di fuori di tali limiti ammesso l'inserimento nel processo di nuove parti»

In realtà, lo sforzo di ricondurre la figura dell'aderente all'interno di uno schema tradizionale si presenta ostico; si tratta, infatti, di una figura nuova, da un lato caratterizzata dalla notevole compressione dei poteri esercitabili all'interno del giudizio di classe⁴⁸ e dall'altro dal c.d. *opt-in*, meccanismo espressamente previsto dalle legge che non avrebbe ragione di esistere se gli aderenti fossero parti processuali⁴⁹.

Al riguardo, basti pensare come i consumatori, che non hanno partecipato al giudizio, non possano beneficiare, come invece avviene negli Stati Uniti grazie al meccanismo dell'*opt-out*, degli effetti del giudicato favorevole⁵⁰.

Tali considerazioni si riflettono inevitabilmente e sin da subito sui poteri processuali dell'aderente: basti pensare al potere di chiedere l'ammissione dei mezzi istruttori a dimostrazione del proprio diritto di partecipare all'azione di classe, che si traduce nell'ammettere soltanto i soggetti capaci di provare per *tabulas* la propria legittimazione e la sussistenza dei diritti rivendicati.

48 Secondo SCHLESINGER, *La nuova azione di classe*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 550, tale compressione dei poteri sarebbe giustificata dall'esigenza di evitare, anche nell'interesse degli aderenti, frammentazioni, rallentamenti, duplicazioni o antinomie nelle decisioni giudiziali; nello stesso senso GALLETTO, *L'azione di (seconda) classe (considerazioni sul novellato art. 140-bis cod. consumo)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 539.

49 Secondo PAGNI, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 349 gli aderenti potrebbero acquisire la qualità di parte nel giudizio d'appello, allorché, in primo grado, la loro domanda sia respinta, nonostante l'accoglimento dell'azione di classe; secondo FLORIO, *L'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in *Giur. mer.*, 2009, p. 1445 «l'aderente non è legittimato al compimento di alcuna attività processuale; non può richiedere l'assunzione di mezzi istruttori e non ha alcun rapporto con il difensore nominato dall'attore che rimane l'unico soggetto responsabile per il pagamento dei compensi per l'attività professionale svolta»; CANALE, *Il convitato di pietra ovvero l'aderente nell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1304, definisce l'aderente «uno spettatore muto del processo sul proprio diritto»; sulla posizione dell'aderente GIUSSANI, *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis cod. cons.*, in *Riv. dir. proc.* 2008, p. 1227; OLIVIERI, *La class action in Italia. Il giudizio di ammissibilità, la camera di conciliazione e gli effetti del giudicato*, in *Giust. proc. civ.*, 2008, p. 1155.

50 De CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 1923 per il quale «la posizione dei consumatori danneggiati da una medesima condotta lesiva su larga scala non è equiparabile a quella dei debitori solidali e dunque non si può applicare l'art. 1306 c.c.: la conseguenza è che il soggetto che non aderisce non si può giovare degli effetti del giudicato favorevole ovvero opporre all'impresa la sentenza che accoglie la domanda»

A ciò si aggiunga che, decorso il termine utile per l'adesione, coloro i quali non hanno avuto la possibilità di prendervi parte, ai sensi dell'art. 140-*bis*, 14° comma, cod. cons., non potranno più promuovere un'azione di classe, con una grave limitazione del diritto di difesa⁵¹.

Ne consegue che i componenti della classe possono esercitare pienamente il proprio diritto di difesa, avvalendosi di tutti i poteri sanciti dalla disciplina generale, soltanto qualora agiscano per primi⁵².

Tale previsione, però, trova la sua logica della scelta di adottare in meccanismo dell'*opt-in*, il quale impone necessariamente l'adesione degli utenti e dei consumatori ad una preesistente iniziativa processuale già delineata nei suoi termini essenziali. Se ne dovrà dedurre che, i poteri riconducibili agli aderenti saranno quelli della parte in senso sostanziale e non della parte in senso formale⁵³.

51 DONATI, *Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo*, cit., p. 927.

52 Critico nei confronti della previsione PUNZI, *L'azione di classe*, cit., p. 257; a favore della scelta del legislatore PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova class action*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2011, p. 257, il quale afferma «in primo luogo, non diversamente da tutti i fenomeni *lato sensu* associativi, la posizione giuridica degli aderenti è, e non può non essere, nettamente diversa da quella dei promotori (si pensi alle riunioni in luogo pubblico, alle associazioni sindacali, ai partiti politici ecc.). Diversità di ruoli che costituisce una logica conseguenza della scelta legislativa in favore del sistema dell'*opt-in*, il quale implica necessariamente l'adesione degli utenti e dei consumatori ad una preesistente iniziativa processuale già sufficientemente delineata nei suoi termini essenziali dal promotore. Ed in ciò trova conferma l'esatto rilievo secondo il quale, nonostante l'imprecisa formulazione del comma 3 ("L'atto di adesione è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore"), il singolo consumatore/utente non può "aderire all'azione di classe senza il coinvolgimento" del promotore. In secondo luogo, è pacifico che le parti in causa sono solo due: il promotore da un lato e l'impresa dall'altro. Di qui la conseguenza, altrettanto pacifica in dottrina, secondo la quale i poteri riconosciuti agli aderenti sono solo quelli della parte in senso sostanziale e non dalla parte in senso formale»; cfr. Corte Cost., 10 maggio 2002, n. 179, in *Giur. cost.*, 2002, p. 1442), secondo cui «il legislatore nella sua discrezionalità e con il solo limite della non manifesta irragionevolezza o non palese arbitrarietà, può adottare norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giurisdizioni e di riti procedurali, non essendo tenuto, sul piano costituzionale, ad osservare regole uniformi rispetto al processo civile, proprio per le ragioni che possono giustificare la pluralità di giurisdizioni, le diversità processuali e le differenze delle tipologie dei riti speciali».

53 Secondo PACE, *Interrogativi*, cit., p. 257 «l'adesione all'azione di classe costituisce quindi una libera scelta dell'utente/consumatore, il quale, potendo optare tra l'azione individuale e l'azione collettiva, preferisce avvalersi, grazie all'art. 140-*bis*, di questo nuovo strumento processuale, sicuramente meno costoso per i singoli aderenti, ma che il legislatore ha disciplinato in maniera del tutto originale e diversa rispetto alle comuni regole processuali».

5. Gli atti introduttivi del giudizio

L'atto introduttivo del processo di classe è disciplinato dal comma 5° dell'art. 140-*bis* cod. cons., in quale prevede che «la domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito⁵⁴, che può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità».

Attraverso il riferimento all'atto di citazione⁵⁵, il legislatore ha introdotto una formulazione che chiarisce la disciplina applicabile al rito dell'azione di classe⁵⁶.

Si comprende, pertanto, che il processo si svolgerà secondo le norme del rito ordinario di cognizione, in accordo con il codice di procedura.

Il medesimo atto deve essere notificato al pubblico ministero, che è parte nella fase di ammissibilità.

Conseguentemente, si applicherà la disciplina dei termini a comparire e, in particolare, il convenuto avrà l'obbligo di

54 L'art. 140-bis, comma 4° cod. cons. «la domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma 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. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale»; la norma deroga pertanto al principio contenuto nell'art. 33, comma 2° cod. cons. che prevede il c.d. foro del consumatore. Inoltre, la scelta di attribuire competenza a determinati tribunali trova la sua *ratio* nella volontà del legislatore di prevenire soluzioni diverse, trattandosi di una disciplina nuova, soggetta a differenti interpretazioni.

55 La domanda si propone mediante citazione a comparire a udienza fissa.

Il presidente del tribunale stabilisce al principio dell'anno giudiziario, con decreto approvato dal primo presidente della corte di appello, i giorni della settimana e le ore delle udienze destinate esclusivamente alla prima comparizione delle parti.

L'atto di citazione deve contenere:

- 1) l'indicazione del tribunale davanti al quale la domanda è proposta;
- 2) il nome, il cognome, la residenza e il codice fiscale dell'attore, il nome, il cognome, il codice fiscale, la residenza o il domicilio o la dimora del convenuto e delle persone che rispettivamente li rappresentano o li assistono. Se attore o convenuto è una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato, la citazione deve contenere la denominazione o la ditta, con l'indicazione dell'organo o ufficio che ne ha la rappresentanza in giudizio.

56 Nella formulazione precedente alla riforma del 2009, alcun riferimento era previsto con riguardo all'atto introduttivo.

prendere posizione sui fatti e le eccezioni di controparte, presentando eventuali richieste di interventi di terzi.

Tuttavia, le considerazioni che precedono risultano necessarie in quanto, viste le peculiarità del processo di classe, che prevede una prima fase di ammissibilità della domanda, sembra evidente come, l'applicazione delle norme riguardanti il giudizio ordinario di cognizione susciti qualche riflessione con particolare riguardo all'individuazione dell'oggetto del giudizio ed alla posizione della parte convenuta.

Per quel che concerne il primo degli aspetti individuati, già dopo la prima formulazione dell'art. 140-*bis* cod. cons., in dottrina si era parlato di “un *petitum* in progressione”⁵⁷, dal momento che questo veniva, come del resto tuttora viene, definitivamente stabilito in una fase successiva alla proposizione della domanda.

Tutto ciò assume importanza dal punto di vista sistematico, in quanto l'ordinamento italiano non conosce, o meglio, non conosceva, prima dell'introduzione dell'art. 140-*bis* cod. cons., un fenomeno processuale che è altra cosa rispetto al potere di azione individuale e per il quale la *res iudicata deducta*⁵⁸ viene fissata successivamente all'introduzione della domanda a seguito delle adesioni.

Quanto, invece, alla posizione della parte convenuta, in accordo con la disposizione di cui all'art. 167 c.p.c.⁵⁹, è evidente come questa

57 Così CONSOLO, *L'art. 140-bis, nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualciviltisticamente, un poco «Opera Aperta»* in Foto *it.*, 2008, pp. 205-206;

58 MENCHINI-MOTTO, *Art. 140 bis*, in *www.judicium.it*, cit. i quali così definiscono il diritto soggettivo oggetto dell'accertamento. Secondo gli autori, inoltre, la domanda giudiziale definirebbe solo il diritto “soggettivo-archetipo”; pertanto, «l'azione proposta dall'attore di classe è espressione, non già di un ordinario potere di azione individuale a tutela di un diritto soggettivo, ma di un innovativo e finora sconosciuto al nostro ordinamento, peculiare potere di azione di classe, previsto e qualificato dall'art. 140-*bis*, che è definito come potere di azione di classe».

59 Nella comparsa di risposta il convenuto deve proporre tutte le sue difese prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, indicare le proprie generalità e il codice fiscale, i mezzi di prova di cui intende valersi e i documenti che offre in comunicazione, formulare le conclusioni.

A pena di decadenza deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio. Se è omissivo o risulta assolutamente incerto l'oggetto o il titolo della domanda riconvenzionale, il giudice, rilevata la nullità, fissa al convenuto un termine

dovrà svolgere le sue difese, già in un momento precede al vaglio da parte del giudice sull'ammissibilità dell'azione, prendendo posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda e non solo al fine di ottenere una declaratoria di inammissibilità⁶⁰.

6. La fase di ammissibilità dell'azione di classe

Nel procedere ad analizzare la fase di ammissibilità dell'azione di classe, ritengo opportuno svolgere alcune considerazioni in merito alle valutazioni che in giudice si trova ad affrontare.

È evidente che le sorti della futura azione di classe dipendano da questa fase filtro di cui ancora, a mio sommosso avviso, la giurisprudenza non è riuscita a tracciare la giusta linea interpretativa.

Tale filtro posto infatti, nella logica del legislatore, a tutela di esigenze di ordine pubblico - come peraltro dimostrato dal coinvolgimento obbligatorio del P.M., cui va notificato l'atto introduttivo, con possibilità d'intervenire sino alla pronuncia dell'ordinanza sull'ammissibilità⁶¹ - è strettamente connesso alle finalità dell'azione di classe.

perentorio per integrarla. Restano ferme le decadenze maturate e salvi i diritti acquisiti anteriormente alla integrazione.

Se intende chiamare un terzo in causa, deve farne dichiarazione nella stessa comparsa e provvede ai sensi dell'articolo 269.

60 In questo senso SANTANGELI-PARISI, in *www.judicium.it*, cit.; MENGHINI-MOTTO, *Art. 140 bis*, cit., secondo cui con la comparsa di risposta, devono essere svolte le difese che concernono non tanto l'esistenza dei singoli diritti soggettivi degli appartenenti alla classe, quanto soprattutto gli elementi oggetto di valutazione ai fini della decisione di ammissibilità»

61 Secondo SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, in *www.judicium.it*, cit. «il primo requisito costituisce un filtro sommario sul merito volto ad eliminare il rischio che lo strumento possa essere utilizzato per finalità diverse dalla preminente tutela dei diritti individuali omogenei. Compito del giudice nel riscontro del requisito della non manifesta infondatezza dell'azione sarà quello di accertare attraverso un esame sommario l'esistenza di un ragionevole dubbio sull'accoglimento dell'azione proposta e dunque del danno lamentato, in modo da escludere che esso sia del tutto inverosimile o inventato, non ammettendo l'azione di classe solo nel caso in cui tale requisito risultasse carente». Come è stato rilevato in dottrina CONSOLO, *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, in CONSOLO-BONA-BUZZELLI, cit., p. 156 «codesta manifesta infondatezza crediamo debba riguardare più che altro una prognosi in iure, ossia sulle tesi giuridiche poste a base della antigiridicità rimproverata all'impresa, piuttosto che una minuta deliberazione fattuale sui contegni tenuti, che mal si addice a questo tipo di fattispecie azionabili».

Gli obiettivi di prevenire il compimento di illeciti seriali, di concentrare in un unico processo le domande risarcitorie e/o restitutorie derivanti dal medesimo evento lesivo e di garantire un'adeguata tutela giurisdizionale ai diritti ed agli interessi caratterizzati da modeste dimensioni economiche⁶², rendono comprensive all'interprete le condizioni di ammissibilità previste al comma 4° dell'art. 140-*bis* cod. cons.⁶³:

1) la non manifesta infondatezza della domanda; 2) l'insussistenza di conflitti di interesse fra l'attore e la classe di consumatori e di utenti⁶⁴; 3) la capacità dell'attore di curare gli interessi della classe; 4) l'omogeneità dei diritti tutelabili alla stregua di tale azione⁶⁵.

Inoltre, credo che, nell'impianto dell'azione di classe, anche l'esigenza di evitare processi temerari ed estremamente pregiudizievoli per l'immagine commerciale delle imprese abbia determinato la previsione del filtro d'ammissibilità⁶⁶.

62 DONZELLI, *L'azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 103.

63 Ai sensi del quale: «all'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può 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. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe».

64 Secondo SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, in *www.judicium.it*, cit. «l'accertamento dell'assenza di conflitti di interessi, suscita invece qualche perplessità. Posto, infatti, che non debba presentarsi una convergenza di interessi tra l'attore e controparte, tale esame necessiterà probabilmente un'estensione della valutazione anche alla persona del legale che assiste l'attore nella gestione dell'azione di classe, con il rischio in tal caso di una duplicazione di criteri di accertamento quando il giudice dovrà riscontrare il requisito dell'adeguata rappresentanza».

65 Art. 140-*bis* cod. cons., 6° comma: «all'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può 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. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe».

66 SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, in *www.judicium.it*, cit.

La dottrina più attenta, infatti, si è posta il problema «di capire se l'oggetto di tale giudizio di ammissibilità debba intendersi “vincolato” alle questioni espressamente menzionate dal comma sesto dell'art. 140-bis, ovvero se, in questa fase, possano essere considerate altre questioni “preliminari”»⁶⁷.

E così, se si parte dalla considerazione che l'azione rappresenta il diritto ad ottenere una pronuncia sul merito, attraverso la proposizione della domanda che, se idonea, costituisce il primo atto di esercizio dell'azione intesa come situazione giuridica composita⁶⁸, si comprende come nel giudizio di ammissibilità dell'azione di classe, il giudice non possa non valutare tale idoneità attraverso la verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione che si concretizzano nella possibilità giuridica, nell'interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.* e nella legittimazione ad agire.

Proseguendo in questa direzione sembrerebbe, infatti, che nel giudizio di classe, come in tutti i giudizi, si dovrebbe verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione, in particolare per quanto attiene la legittimazione e l'interesse ad agire del proponente.

Più precisamente, se con il vaglio di non manifesta infondatezza della domanda il giudice procede ad una verifica circa un'evidente carenza dei presupposti minimi di accoglibilità di tale domanda⁶⁹,

67 LUPOI, *Fumata nera per la prima class action all'italiana*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 336, nota a Trib. Torino, 27 maggio 2010, ord. e App. Torino, 27 ottobre 2010.

68 MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2013, p. 68; CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 112.

69 LUPOI, *Fumata nera*, cit. p. 336 secondo cui «rispetto alla decisione sul *fumus boni iuris* nei procedimenti cautelari (in cui, in sostanza, si verifica la probabile esistenza del diritto controverso, sul presupposto che siano veri i fatti dedotti a fondamento dello stesso), in questo ambito, l'analisi del giudice sembra doversi fermare ad un apprezzamento ancora più sommario, relativo cioè alla evidente inidoneità dei fatti come dedotti ad integrare una fattispecie meritevole di tutela», lo stesso autore alla nota n. 10 richiama: SANTANGELI PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria*, in *www.judicium.it*, cit., n. 116, secondo cui il requisito della manifesta infondatezza «costituisce un filtro sommario sul merito volto ad evitare che lo strumento possa essere utilizzato per finalità diverse dalla preminente tutela dei diritti individuali omogenei»; GIUSSANI, *La prima «uscita» della class action all'italiana soffocata da meccanismi preclusivi*

ciò che conseguentemente si chiede all'organo giudicante è di verificare: la sussistenza della qualifica di «consumatore o di utente» in capo al proponente dell'azione, come presupposto fondamentale di ammissibilità dell'azione stessa e successivamente l'analisi dell'interesse ad agire dello stesso proponente.

In giurisprudenza, infatti, è stato rilevato come l'interesse ad agire e la legittimazione di classe non siano condizioni che differiscono dal punto di vista ontologico dalle medesime condizioni riconducibili alle azioni ordinarie individuali⁷⁰.

L'azione del proponente, prima di essere collettiva, deve, infatti, avere i requisiti previsti per tutte le azioni individuali: l'attore, per potersi legittimare in questo contesto, deve essere prima di tutto titolare, in proprio e personalmente, del diritto individuale omogeneo che caratterizza la classe che intende rappresentare, nel rispetto delle regole ordinarie sulla legittimazione.

In altre parole, non sussiste legittimazione solo perché il proponente intenda rappresentare gli interessi della classe, ma perché il suo interesse coincide con quello della classe, essendo egli portatore del medesimo diritto individuale omogeneo di cui sono titolari gli appartenenti alla classe stessa.

Tali considerazioni sono state fatte proprie dalla dottrina più acuta, secondo cui «l'azione di classe di cui all'attuale art. 140-bis, a differenza dal rimedio processuale in precedenza approvato dal legislatore (e mai entrato in vigore), non mira a tutelare

penalizzanti, in *Guida dir.*, 2010, pp. 27 e 16, secondo cui il vaglio della non manifesta infondatezza si presta «solo a impedire l'esame nel merito di domande platealmente infondate»; App. Torino, 27 ottobre 2010, ord., cit., nella quale si legge che l'esame del giudice circa la non manifesta infondatezza deve «ragionevolmente escludere non soltanto lo scontato, ma anche il pressoché certo, rigetto della domanda»; MOTTO, *Art. 140 bis*, in *www.judicium*, cit., per il quale: «la valutazione di ammissibilità dovrà concludersi positivamente sol che la domanda non appaia infondata in modo manifesto; il che segna altresì il grado di approfondimento della valutazione giudiziale dei fatti da cui dipende la fondatezza della domanda».

70 Trib. Torino, 27 maggio 2010, ord., cit.

diritti collettivi o diffusi ovvero interessi superindividuali, quanto piuttosto diritti omogenei che, riferiti a titolari diversi ed essendo l'uno autonomo rispetto all'altro, abbiano un elemento in comune (normalmente la *causa petendi* o una medesima questione di fatto e di diritto), tanto da poter essere ritenuti «identici» sul piano della loro tutela in sede non individuale ma di gruppo»⁷¹.

Ritengo di dover aderire a questa impostazione per la quale «sia il proponente che gli aderenti all'azione di classe fanno valere diritti individuali perfetti, tutelabili anche in via autonoma, i quali non perdono tale «individualità» solo per il fatto di essere fatti valere in una sede collettiva»⁷².

7. L'ordinanza che ammette l'azione di classe

L'ordinanza che ammette l'azione di classe, oltre alla determinazione dell'ulteriore corso della procedura⁷³, contiene i termini e le modalità attraverso cui il tribunale, al fine di consentire l'adesione degli appartenenti alla classe, regola la più opportuna pubblicità⁷⁴.

Tale provvedimento: 1) fissa un termine perentorio (non superiore a centoventi giorni decorrente dalla scadenza del termine fissato per l'esecuzione della pubblicità) entro il quale

⁷¹ LUPOL, *Fumata nera*, cit. p. 337.

⁷² LUPOL, *Fumata nera*, cit. p. 337.

⁷³ Stabilisce il comma 11° dell'art. 140-bis cod. cons.: «con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio».

⁷⁴ Come recita il comma 9° dell'art. 140-bis: «l'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda».

gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria; 2) detta una definizione dei caratteri che devono avere i diritti individuali oggetto dell'azione ammessa; 3) specifica i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione.

In dottrina è stato evidenziato come non si possa parlare di un atto che «tipicamente assolve alla funzione ordinatoria del processo, ossia quella di regolarne l'*iter* procedimentale»⁷⁵, poiché l'ordinanza in questione assume una particolare connotazione in virtù della quale assurge a momento centrale ai fini dell'esito del giudizio risarcitorio⁷⁶.

A tal fine, basti pensare a come il vaglio di ammissibilità, attribuito dal legislatore al medesimo organo che entrerà nel merito del giudizio di classe, rischi di costituire una vera e propria anticipazione del giudizio finale; ciò nonostante l'ordinamento attribuisca all'ordinanza una valenza ordinatoria avverso la quale è prevista la possibilità di reclamo.

Al riguardo, si consideri anche il ruolo che il giudice assolve in tema di adesione dei singoli all'azione di classe ammessa.

I suoi poteri non sono unicamente finalizzati a fissare un termine per le adesioni ovvero quelli legati alla scelta del mezzo di pubblicità necessario per la tutela degli aderenti, ma sono volti a stabilire quale debba essere il contenuto dell'atto di adesione, affinché l'aderente si possa considerare incluso ovvero escluso dalla classe attrice.

In altre parole, sarà il giudice a supplire alla stessa carenza di assistenza legale dei singoli consumatori danneggiati, assumendo un forte ruolo di garanzia.

⁷⁵ MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit. p. 454.

⁷⁶ Come recita il comma 6°, art. 140-bis del cod. cons.: «all'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda».

In tal modo, l'organo giudiziale anticipa i criteri che utilizzerà nella fase istruttoria per valutare l'accoglimento delle adesioni proposte. E, dunque, il giudice, con molta probabilità⁷⁷, proprio in considerazione della peculiare caratteristica e posizione dei soggetti aderenti, e quantomeno dal punto di vista degli elementi probatori necessari a fondare una pronuncia d'accoglimento ovvero di rigetto nel merito, dovrebbe indicare nell'ordinanza di ammissione dell'azione quale documentazione risulti necessaria per poter veder accolta la pretesa avanzata con atto di adesione dai presunti danneggiati, assolvendo un importante ruolo di garanzia⁷⁸.

Ciò, infatti, permetterebbe, non solo di snellire i tempi necessari all'accertamento del diritto vantato dai diversi componenti della classe, agevolando la redazione della sentenza collettiva, ma anche di meglio garantire il diritto di difesa degli aderenti, già ridotto dall'impossibilità di partecipare attivamente al processo con un proprio difensore.

A conferma di tale interpretazione si consideri, altresì, come lo stesso comma 11° del testo dell'art. 140-*bis* cod. cons., attribuisca all'ordinanza di ammissione dell'azione di classe il potere di prescrivere le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti, nonché regolare nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria anche onerando le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti⁷⁹.

77 In tal senso sembra potersi interpretare l'espressione di cui al comma 9°, lett.a), art. 140-bis cod. cons.

78 In tale ottica spetterebbe all'organo giudiziale, indicare analiticamente quali siano i documenti per poter, dapprima essere considerato componente della classe dei danneggiati (e dunque la produzione ad esempio del contratto stipulato ex art. 1342 c.c. o 1341 c.c., ovvero lo scontrino d'acquisto di un prodotto ritenuto difettoso etc.) ed in secondo luogo gli elementi documentali che sarebbero utili per accertare il danno ed il nesso di causalità con la condotta di controparte (si pensi nel caso di presunti danni derivanti da prodotto difettoso ad un certificato medico da cui emerge l'eventuale lesione prodotta etc.).

79 Si veda art. 140-bis, comma 11° cod. cons.

Si comprende, quindi, il rilievo che l'ordinanza di ammissione dell'azione di classe assume, non solo sull'ulteriore svolgimento del procedimento, ma altresì quale strumento che, decidendo dell'ampiezza della tutela e dei criteri per dare la prova del danno, sembra sostanzialmente anticipare la sentenza conclusiva del giudizio collettivo.

8. L'adesione all'azione di classe ed il meccanismo dell'*opt-in*: alcune riflessioni critiche

Il meccanismo delle adesioni è argomento strettamente connesso all'estensione degli effetti del giudicato, al fine di consentire ai componenti del gruppo dei danneggiati di partecipare al procedimento collettivo risarcitorio⁸⁰.

E ciò in quanto, attraverso l'atto di adesione «si realizza una sorta di deroga volontaria al proprio diritto a realizzare un contraddittorio effettivo e personale»⁸¹, salvo naturalmente l'ipotesi di cui al successivo comma 15° dell'art. 140 bis cod. cons.⁸²

80 Il comma 3° dell'art. 140-bis cod. cons. dispone: «i consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore ed inoltre l'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9°, lettera b), con la conseguente efficacia in tema di prescrizione dei diritti». Come rilevato da CAPONI, *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, in www.judicium.it, non trattandosi di ipotesi di obbligazioni solidali – e non operando quindi il giudicato *secundum eventum litis*, ex art. 1306 c.c. – l'atto di adesione comporta la possibilità di giovare immediatamente degli effetti del giudicato, conseguendo da esso l'acquisto della qualità di parte processuale in senso sostanziale, non compiendo atti processuali, né subendo gli effetti delle spese del processo.

81 SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela*, in www.judicium.it, cit.; è stato rilevato in dottrina MILLER GEOFFREY, *Punti cardine in tema di «class action» negli Stati Uniti e in Italia*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2008, p. 224, come l'esercizio del diritto d'ingresso alla classe offra importanti benefici ai membri della categoria, costituendo una sicurezza a che questi «desiderano sinceramente prendere parte alla lite. Non sono trascinati in causa senza che abbiano manifestato la loro volontà in tal senso» ed inoltre «è coerente con gli orientamenti giurisprudenziali che vedono nella partecipazione volontaria un elemento essenziale del processo civile».

82 Secondo cui «le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo».

Ricostruendo, però, lo strumento dell'atto di adesione come l'atto con cui si conferisce mandato all'attore collettivo e contestualmente si esercita la propria azione nei confronti dell'impresa convenuta - producendo tutti gli effetti processuali e sostanziali che ad essa si riconnettono⁸³ - il meccanismo adottato dal nostro legislatore, rileva tutte le sue criticità, una delle quali riguarda la possibilità di revoca dell'atto di adesione⁸⁴.

Orbene, partendo da questa considerazione, è naturale che sorgano dei dubbi circa le tutele messe a punto dal legislatore con riferimento alla posizione degli aderenti.

Al fine di supplire alle carenze di un'assistenza legale individuale, il legislatore ha costruito il contenuto dell'ordinanza che ammette l'azione di classe come uno strumento attraverso cui il giudice possa agevolare l'onere probatorio dei componenti della classe che intendano aderire.

Nella stessa, infatti, l'organo giurisdizionale deve indicare tutti gli elementi necessari affinché chi intenda aderire all'azione di classe possa provare l'omogeneità del suo diritto individuale.

Tale impostazione, pertanto, impone di chiedersi quale sia il momento in cui tale riscontro avviene.

In assenza di una fase successiva alla singola adesione che preveda il vaglio di ammissibilità di quelle proposte e, ancor di

83 CONSOLO, *Obiettivo*, cit., p. 185 ss., l'a. qualifica l'adesione concepita dal vecchio testo dell'art. 140-bis cod. cons. come atto stragiudiziale, ovvero come «contratto, anche con effetti processuali, che pur presentando diversi aspetti del mandato rimane di non facile qualificazione». Nel senso della qualificazione dell'adesione, nel nuovo art. 140-bis cod. cons., come mandato senza rappresentanza che faccia sorgere un rapporto obbligatorio tra aderente e promotore, CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 385. Come recita il comma 3°, art. 140-bis cod. cons. «gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione».

84 Considera la possibilità di revoca dell'atto di adesione un interrogativo ancora aperto CAPONI, *Una lettura di interrogativi in attesa della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 185.

più, in assenza di una fase postuma all'eventuale sentenza di condanna che, come accade negli Stati Uniti (o come si auspica possa essere introdotta qualora la legge di riforma passi indenne al Senato), attualmente, è evidente come, tale momento debba coincidere con quello in cui il giudice emette la sentenza.

Pertanto, solo in questa fase sarà valutata l'ammissibilità delle adesioni proposte, con notevole aggravio del compito del giudice e con il consistente rischio di svilire la funzione economico processuale dell'azione di classe.

Naturalmente, le perplessità in merito a tale *modus operandi* diventano ancora più pregnanti se si considera che l'indicazione giudiziale, contenuta nell'ordinanza di ammissibilità degli elementi la cui allegazione è necessaria per l'accoglimento dell'adesione, non fa venir meno il pericolo di un'eventuale erronea, ovvero incompleta, redazione dell'adesione, con il rilevante problema del rischio di veder rigettata la domanda proposta in sede di pronuncia conclusiva del procedimento.

Ed infatti, l'art. 140-*bis* comma 3° cod. cons. dispone come l'adesione comporti la rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sullo stesso titolo, salva l'ipotesi di transazioni o rinunce a cui non abbiano consentito le parti e salvo le ipotesi di estinzione del giudizio, ovvero di chiusura anticipata del processo.

Evidente è che, a fronte dell'indubbio vantaggio di poter far valere un diritto senza affrontare l'onere delle spese processuali dovute al proprio difensore⁸⁵ e senza il rischio di affrontare tali spese in caso di soccombenza della classe, si presenta un forte rischio di perdere un diritto senza averne neanche piena consapevolezza.

85 Sempre che questa sia la scelta dell'aderente non essendo escluso che conferisca mandato al legale che assiste i soggetti proponenti. Come ha infatti rilevato GIUSSANI, *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c. cons.*, cit., p. 1233, già rispetto alla precedente azione collettiva risarcitoria, il proponente potrebbe «raccolgere veri e propri mandati, ai quali si applicherebbero le relative regole, così come suggerire agli interessati di aderire, oltre che all'azione collettiva, anche alla formazione sociale [...] che la propone».

9. La sentenza

L'art. 140-*bis*, cod. cons., al comma 12°, prevede che, in caso di accoglimento della domanda, il tribunale pronunci sentenza di condanna con la quale 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.

In tale ultimo caso, il giudice fissa un termine non superiore a novanta giorni entro il quale le parti possono addivenire ad un accordo che, assumendo le caratteristiche del verbale di conciliazione, diviene titolo esecutivo; qualora le parti non raggiungano tale accordo, su istanza di anche un solo aderente, il giudice liquida con sentenza le somme dovute.

Dalla lettura della disposizione, e con particolare riferimento all'ultima parte della norma, pertanto, appare chiaro l'intento del legislatore di favorire l'economia processuale che dovrebbe appunto ispirare l'azione di classe, a scapito del principio dell'integralità del risarcimento del danno.

La formulazione attuale della norma elimina la connotazione bifasica attribuita al processo collettivo dal contenuto del precedente art. 140 bis cod. cons., il quale prevedeva nella seconda fase una determinazione individuale del danno⁸⁶.

86 Il comma 4° del precedente art. 140-*bis* cod., cons., stabiliva: «se accoglie la domanda, il giudice determina 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». L'interpretazione della natura della sentenza e della tutela ha suscitato dibattiti dottrinali. Un primo indirizzo dottrinale, molto corposo (tra gli altri si veda anche BOVE, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, in *Guida al Diritto*, 2008, p. 11; COMANDÈ, *Un uso distorto dell'azione collettiva diventa un boomerang per il cittadino*, in *Resp. e ris.*, 2008, p. 9; CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2007, p. 583), ha ritenuto che la fissazione dei criteri di liquidazione non facesse venir meno la natura di sentenza di accertamento anche se più o meno specifica, della responsabilità del convenuto, del diritto al risarcimento, della somma minima da liquidare. Netamente contrario è stato, invece, un altro indirizzo interpretativo che qualificava la sentenza collettiva quale sentenza di condanna generica (Si veda tra gli altri anche CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato»*, cit., p. 86; CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello «opt-in» anziché quella danese dello «opt-out» e il filtro («l'inutile precauzione»)*, in *Cor. giur.*, 2008, p. 6).

Il giudizio oggi si svolge in un'unica fase interamente collettiva, a seguito della quale il giudice emetterà un'unica sentenza di condanna⁸⁷, senza svolgere una valutazione individuale dei danni di tutti i soggetti aderenti al processo collettivo⁸⁸.

Una soluzione innovativa, dunque, che privilegia il risarcimento unitario e che sacrifica la precisa attuazione del diritto sostanziale individuale all'esatta quantificazione del danno⁸⁹.

Il legislatore ha, inoltre, previsto un termine di centottanta giorni affinché la sentenza di condanna divenga esecutiva, ciò probabilmente allo scopo, in primo luogo, di non mettere l'impresa soccombente nella condizione di dover reperire in breve tempo ingenti somme di denaro per provvedere al risarcimento del danno unitariamente liquidato⁹⁰ ed, in secondo luogo, per favorire soluzioni conciliative e ridurre i costi dell'impresa⁹¹.

La sentenza di accoglimento, in ogni caso, è a tutti gli effetti una sentenza di condanna, che costituisce titolo esecutivo inteso come «documento che attesta l'esistenza del diritto in modo sufficientemente certo per essere eseguito»⁹².

87 Nel senso della trasformazione nel nuovo testo dell'azione di classe della struttura del processi bifasico a monobasico si veda SANTAGADA,, *La conciliazione dell'azione collettiva risarcitoria: note a margine di una proposta di riforma dell'art. 140-bis cod. consumo*, in www.judicium.it.

88 Il vecchio testo dell'art. 140-bis cod. cons. prevedeva al comma 4°: «nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa propone il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria. La proposta in qualsiasi forma accettata dal consumatore o utente costituisce titolo esecutivo. In caso di mancata proposta da parte dell'impresa soccombente non rimaneva al singolo altra via se non quella di agire con un'azione individuale per ottenere quanto dovuto, e dunque con un'azione individuale di completamento».

89 Ciò naturalmente se la parte che partecipa all'azione di classe ovvero vi aderisce accetta tale modalità di liquidazione

90 GIUSSANI, *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2011, p. 371.

91 Si pensi agli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza. In tal senso CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, cit., p. 383.

92 In tal senso si veda, MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 32.

Con la sentenza che fissa i criteri per la liquidazione del danno, il giudice ha, infatti, già accertato l'esistenza del danno casualmente legato alla condotta del convenuto (certezza del credito), non subordinando ad alcuna condizione o termine il credito (esigibilità) e non determinando individualmente il danno subito⁹³ solo per ragioni di funzionalità della tutela collettiva.

La quantificazione del danno non verrà, dunque, necessariamente affidata ad una fase successiva, ma potrà calcolarsi attraverso, ad esempio, l'applicazione di criteri matematici (credito non liquido, ma facilmente liquidabile)⁹⁴.

Autora convidada.

DOI: 10.5935/1809-8487.20180009

93 È, dunque, unicamente per favorire una sentenza di condanna unitaria che il giudice, accertata l'esistenza di un danno diversificato in ciascun aderente in ragione di un unico – ovvero più – criteri di quantificazione, emana una sentenza di condanna con indicazione dei criteri di liquidazione.

94 Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il giudice accertato l'illecito seriale del convenuto e, dunque, il danno prodotto in capo ai consumatori aderenti, determini quale criterio di liquidazione del danno la durata del rapporto intercorrente tra danneggiato e consumatore. In tal caso determinata l'unità minima di risarcimento che occorrerebbe per ciascun danneggiato calcolare con una semplice operazione di moltiplicazione il parametro dettato con la durata del rapporto oggetto della controversia.