

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA

Stato e persona negli ordinamenti giuridici: indirizzo Diritto Civile.

Ciclo XXV

Settore Concorsuale di afferenza: 12/A1

Settore Scientifico disciplinare: IUS/01

L'AZIONE DI CLASSE

Presentata da: GUIDO GUELI

Coordinatore Dottorato

Chiar.mo Professore
Luigi Balestra

Relatore

Chiar.mo Professore
Ugo Ruffolo

Esame finale anno 2014

INDICE

Pag.

INTRODUZIONE.....	3
-------------------	---

CAPITOLO I

LA NATURA GIURIDICA DELL'AZIONE DI CLASSE EX ART. 140-BIS CODICE DEL CONSUMO.

1. Le motivazioni economiche e sostanziali sottese all'introduzione dell'azione di classe.....	7
2. La legittimazione ad agire.....	12
3. La natura giuridica e la disciplina degli atti di adesione	26
4. Le possibili ripercussioni sugli aderenti delle vicende relative al rapporto tra attore ed ente esponenziale.....	43

CAPITOLO II

LO SVOLGIMENTO DELL'AZIONE DI CLASSE.

1. Le condizioni di ammissibilità dell'azione	58
1.1. La non manifesta infondatezza	62
1.2. L'insussistenza di conflitti di interesse all'interno della classe.....	73
1.3. La capacità dell'attore di curare gli interessi della classe	77
1.4. L'omogeneità dei diritti individuali rivendicati.....	82
2. La decisione sull'ammissibilità dell'azione di classe.....	90
2.1. Le cause di sospensione del procedimento specificamente previste in materia di <i>class action</i>	92
2.2. Il contenuto dell'ordinanza preliminare sull'ammissibilità.....	94
2.3. Il giudizio di reclamo.....	100
3. La sentenza conclusiva del giudizio.....	106

CAPITOLO III
LE TIPOLOGIE DI DIRITTI SOGGETTIVI TUTELABILI ATTRAVERSO L'AZIONE DI
CLASSE.

1. Le tipologie di diritti tutelabili con l'azione di classe.....	112
2. Le domande di accertamento nell'azione di classe.....	116
3. L'interferenza della responsabilità precontrattuale con i diritti tipizzati dall'art. 140- <i>bis</i>	119
4. 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 c.c.....	124
5. 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	132
6. I diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da comportamenti anticoncorrenziali	138
7. I diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette	150
CONCLUSIONI	161
BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE	165

INTRODUZIONE

La ricerca trova il proprio tema d'indagine nell'azione di classe, che l'art. 140-*bis* del Codice del Consumo mette a disposizione dei consumatori e degli utenti al fine di ottenere il risarcimento dei danni provocati dal compimento di illeciti seriali, seppure con la previsione di limitazioni, nonché di condizioni di ammissibilità suscettibili di mitigare notevolmente gli entusiasmi che avevano accompagnato la sua introduzione.

In particolar modo, si è tentato di proporre alcune soluzioni ragionate alle numerose incertezze interpretative emergenti dal testo normativo, valorizzando, a questo fine, non tanto (o, comunque, non solo) la scarsa giurisprudenza in termini, quanto la *ratio legis* sottesa all'inserimento, all'interno del nostro tessuto normativo, di un simile rimedio.

Non si dimentichi, infatti, come il potere, riconosciuto a determinate categorie di danneggiati, di attivare un processo speciale, in larga misura derogatorio rispetto ai canoni tradizionali, peraltro nei confronti delle sole imprese, sia suscettibile di provocare seri dubbi di legittimità costituzionale, nella misura in cui sottrae agli altri consociati il potere di avvalersi del medesimo rimedio: onde per cui, al fine di uniformare l'art. 140-*bis* al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., l'interprete non può astenersi dall'individuare e puntualmente illustrare le specifiche motivazioni per le quali l'illecito seriale non trova, nel processo ordinario, un adeguato strumento di contrasto e, conseguentemente, giustifica l'esperimento di un'azione collettiva dotata di caratteristiche certamente *sui generis*.

Si riflette, poi, sull'adeguatezza dell'attuale testo normativo a conseguire quegli obiettivi di celerità, standardizzazione e concentrazione del giudizio cui la *class action* è inequivocabilmente rivolta, nonché, in caso di risposta negativa, sulle possibili modifiche che sarebbe auspicabile apporre all'art. 140-*bis*.

Per quanto concerne l'articolazione della tesi, va precisato come il primo capitolo sia precipuamente dedicato alla definizione del perimetro inerente la

legittimazione ad agire, con riferimento sia ai criteri adoperati per selezionare i soggetti idonei a rivestire la qualità di proponenti, sia la natura giuridica degli atti d'adesione, sia la tipologia della relazione intercorrente fra l'attore e gli eventuali aderenti, nonché, da ultimo, la protezione a questi ultimi accordata a fronte di eventuali contegni processuali del primo pregiudizievole.

Un approfondimento è dedicato alla possibilità, accordata all'attore, di stare in giudizio mediante enti esponenziali (ossia le associazioni cui lo stesso conferisce mandato ovvero i comitati ai quali partecipa), oltre che alle ragioni poste a fondamento di tale specifica permissione, che, verosimilmente, rappresenterà la fattispecie più ricorrente nella prassi.

Al riguardo, non si trascura di rilevare come l'impiego di simile espediente sia gravido di delicati inconvenienti, quali, ad esempio, la possibilità che l'attore, per motivi di convenienza personale o, addirittura, perché colluso con l'impresa convenuta, revochi l'incarico assegnato all'ente collettivo, compromettendo il legittimo affidamento riposto dagli aderenti nella fruttuosità della domanda.

Si riflette, in questo contesto, sui possibili rimedi che la classe degli aderenti potrà impiegare allo scopo di imporre – o, quantomeno, di permettere – alla organizzazione di categoria, attivatasi nell'interesse dell'attore poi receduto, di coltivare l'azione di classe, e ci si interroga, al riguardo, sulla compatibilità di tale situazione con gli istituti peculiari del diritto delle obbligazioni, con particolare riferimento alla *negotiorum gestio* ed al mandato *in rem propriam*.

Il secondo capitolo, invece, si concentra sullo svolgimento dell'azione di classe (e, dunque, su tematiche maggiormente affini alla sfera processuale), analizzando i presupposti di ammissibilità dell'azione (siano essi esplicitati dall'art. 140-*bis* ovvero deducibili in via d'interpretazione), individuando le caratteristiche dell'ordinanza preliminare e la disciplina normativa ad essa applicabile e, infine, descrivendo le peculiarità della sentenza conclusiva del giudizio e dei mezzi di gravame contro la stessa esperibili.

In questo contesto, la ricerca si sofferma anche sui criteri omogenei di liquidazione del pregiudizio richiamati dall'art. 140-*bis* del Codice del consumo, sul significato che gli stessi potranno assumere nell'applicazione giurisprudenziale, nonché sui rapporti di tale disposizione legislativa con lo strumento equitativo *ex art. 1226 c.c.*, dotato di portata generale. Tale disamina offre spunti di riflessione circa la possibilità che codeste metodologie per la quantificazione del carico risarcitorio si prestino ad introdurre surrettiziamente nella disciplina in questione l'ormai celebre figura dei danni punitivi, che accompagna numerose delle esperienze straniere in materia.

Si evidenzia, poi, come il *trait d'union* fra il vaglio preliminare d'ammissibilità (implicante per vero valutazioni di merito, come, ad esempio, il sindacato sulla non manifesta infondatezza della domanda) e la sentenza definitiva sia rappresentato dal requisito dell'omogeneità, costituente, da un lato, connotato indefettibile dei diritti rivendicati mediante l'azione di classe, dall'altro, criterio privilegiato per la liquidazione dei pregiudizi derivanti dalla violazione dei medesimi.

Il terzo capitolo, infine, si soffermerà sulla tipologia dei diritti tutelati attraverso il rimedio collettivo, seguendo la tripartizione impiegata dal secondo comma dell'art. 140-*bis* del Codice del consumo, ed illustrando i possibili vuoti normativi che il legislatore, nel futuro prossimo, sarà chiamato a colmare, sia mediante l'inserimento di altre categorie, sia definendo in maniera più elastica quelle già esistenti.

Si allude, soprattutto, alla responsabilità precontrattuale, difficilmente riconducibile, se non tramite interpretazioni creative del concetto di “*diritti contrattuali*”, alle situazioni giuridiche soggettive specificamente individuate dall'art. 140-*bis*, nonché all'opportunità che, nell'azione di classe, facciano ingresso anche domande di accertamento mero (come quelle protese ad ottenere l'accertamento dell'invalidità dei contratti seriali), che, nei giudizi individuali

eventualmente promossi dai singoli consumatori, potrebbero culminare in domande risarcitorie o di restituzione.

Da ultimo, si svolgono alcune considerazioni sulle ragioni per cui, sino a questo momento, l'azione di classe non ha riscosso grande successo nell'esperienza giudiziale italiana, e ci si interroga, a questo proposito, sui correttivi che un prudente legislatore potrebbe adottare nel tentativo di attribuire nuova linfa vitale all'istituto in esame.

- CAPITOLO I -
LA NATURA GIURIDICA DELL'AZIONE DI CLASSE EX
ART. 140-BIS CODICE DEL CONSUMO.

SOMMARIO: 1 Le motivazioni economiche e sostanziali sottese all'introduzione dell'azione di classe; 2. La legittimazione ad agire; 3. La natura giuridica e la disciplina degli atti di adesione; 4. Le possibili ripercussioni sugli aderenti delle vicende relative al rapporto fra attore ed ente esponenziale.

**1. LE MOTIVAZIONI ECONOMICHE E SOSTANZIALI SOTTESE
ALL'INTRODUZIONE DELL'AZIONE DI CLASSE.**

L'introduzione, nel nostro ordinamento, dell'azione di classe, entrata in vigore il 1 gennaio 2010¹, rappresenta l'epilogo di un lungo dibattito relativo all'opportunità di recepire talune suggestioni provenienti dalle esperienze straniere, che, secondo accreditate opinioni², sarebbero in grado di garantire il ceto dei risparmiatori e dei consumatori a fronte dei cd. illeciti seriali³, caratterizzati dalla produzione di modesti, ma molteplici, pregiudizi a carico di una vasta platea di danneggiati⁴. Questi ultimi, infatti, ravviserebbero nell'iniziativa giudiziaria individuale un rimedio inadeguato ai propri interessi,

¹ Art. 49, comma I, legge 23.07.2009, n. 99, che ha modificato l'art. 2, comma 446, legge 24.12.2007, n. 244, trasformando, peraltro, il nome dell'istituto in questione da "azione collettiva risarcitoria" in "azione di classe".

² C. PUNZI. *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 2010, 253; G. COSTANTINO. *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro italiano*, 2009, V, 388.

³ Si è specificato che il processo collettivo persegue tre finalità: effettività, deterrenza e deflazione, le quali non possono che comportare una spiccata articolazione del giudizio (R. DONZELLI. *L'azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative*, in *Corriere Giuridico*, 2013, 1, 103).

⁴ I commenti più entusiasti provennero da F. SANTANGELI – P. 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, 29 aprile 2010.

stante la profonda incidenza del carico delle spese processuali sui vantaggi che, mezzo di tale azione, la parte mira a conseguire, tanto da indurre alla cd. tolleranza o apatia razionale⁵.

V'è da ricordare che, nel testo originario, in verità, la tutela in parola era esperibile unicamente da enti superindividuali, adeguatamente rappresentativi di interessi esponenziali (come lo sono, ad esempio, gli interessi diffusi e collettivi⁶), tra i quali spiccavano, soprattutto, le associazioni dei consumatori e degli utenti, purché in possesso dei requisiti individuati dall'art. 137 del Codice del Consumo⁷, ossia, in sostanza:

- a) l'avvenuta costituzione, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, da almeno tre anni;
- b) il possesso di uno statuto espressivo di un ordinamento a base democratica, volto a perseguire unicamente la tutela dei consumatori e degli utenti;
- c) l'assenza di fini di lucro;
- d) la tenuta di un elenco degli iscritti, aggiornato annualmente con l'indicazione delle quote versate direttamente all'associazione per gli scopi statutari;
- e) una tangibile rappresentanza sul territorio nazionale, nonché la presenza su un numero significativo di aree geografiche;
- f) la continuità e l'effettività dell'attività d'assistenza e l'idoneità a curare gli interessi dei propri iscritti, espressa dall'assenza di conflitti d'interesse, ancorché soltanto potenziali.

⁵ L'azione di classe, in questo senso, si presenta come un'*enforcement*, ossia uno strumento volto – non già alla costituzione di nuovi diritti, bensì – alla sostanziazione ed alla garanzia d'effettività di quelli già esistenti. Sull'argomento: J. DERRIDA. *La forza del diritto*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2005, 193.

⁶ Sulla distinzione, sia consentito richiamare C. PUNZI. *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di LANFRANCHI, pag. 17. Torino, 2003.

⁷ Sul punto, sono intervenuti vari contributi. Si ricordano: A. BRIGUGLIO. *L'azione collettiva risarcitoria (art. 140-bis Codice del consumo) in ventuno domande e ventuno risposte*. Torino, 2008; R. CAPONI. *Variabilità dell'oggetto del processo (nell'azione collettiva risarcitoria)*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 2009, 47.

È chiaro che un simile approccio avrebbe notevolmente allontanato l'azione di classe italiana dai modelli alloctoni⁸, atteso che l'associazione rappresentativa dei consumatori, nel valutare l'opportunità di proporre la domanda, avrebbe inevitabilmente effettuato considerazioni non strettamente legate al mero interesse individuale⁹.

Nella primitiva impostazione, pertanto, un istituto di natura squisitamente privatistica ed individualista, come appunto l'azione di classe, veniva assoggettato ad una disciplina fortemente sensibile all'interesse pubblico ed a logiche pubblicitarie di incerta valutazione, creando una potenziale, ma pericolosa, contraddizione all'interno del medesimo¹⁰.

Ciò che si intende sottolineare, in altri termini, è che la natura collettiva dell'azione di classe non è finalizzata a garantire protezione a valori di rango pubblicistico, ma soltanto a permettere la migliore soddisfazione di interessi strettamente individuali¹¹, i quali, attraverso gli strumenti ordinari del processo civile, per ragioni di carattere meramente economico, difficilmente troverebbero adeguata protezione¹².

Ha osservato la più illustre dottrina in termini: *“l'azione di classe di cui all'attuale art. 140-bis, a differenza del rimedio processuale in precedenza approvato dal legislatore (e mai entrato in vigore), non mira a tutelare diritti collettivi o diffusi ovvero interessi superindividuali, quanto piuttosto diritti*

⁸ Sul confronto fra azioni fra i modelli italiano e statunitense, leggesi: G.P. MILLER. *Punti cardine in tema di class action negli Stati Uniti e in Italia*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2008, 1, 224.

⁹ La circostanza è stata fortemente evidenziata da S. CHIARLONI. *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2008, 1, 107.

¹⁰ P. FIORIO. *L'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, 1445.

¹¹ Si noti, peraltro, che il perseguimento degli interessi individuali, non di rado, si risolve in un beneficio a favore dell'intera collettività grazie alla capacità delle sentenze di condanna di dissuadere il compimento di fatti illeciti, nonché di favorire l'esclusione dal mercato di imprese non competitive. Illustre autore, a questo proposito, ha coniato l'espressione *“individualistico altruismo”* con riferimento alla scelta dell'attore di intentare azioni di classe (M. TARUFFO. *Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di LANFRANCHI, pag. 65. Torino, 2003). Sul tema della deterrenza: F. AMATUCCI. *La vera ambizione delle azioni di classe: brevi note sulla deterrenza*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2008, 1, 11.

¹² A. BELLELLI. *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, II, 211.

*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. Da queste premesse, è agevole concludere che 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'*¹³.

Il ripensamento del 2009, quindi, sembra aver posto rimedio alla descritta incoerenza¹⁴, riconducendo, anche nel nome, l'azione di classe ad una logica puramente privatista¹⁵, ancorché appesantita da numerose limitazioni che rischiano di pregiudicarne l'efficacia sostanziale¹⁶.

Altro ostacolo alla fruttuosità dell'azione era rappresentato dalla richiesta identità dei diritti vantati dagli appartenenti alla classe, requisito che, se letteralmente interpretato, sarebbe stato riscontrabile in circostanze puramente

¹³ M.A. LUPOLI. *Fumata nera per la prima class action italiana*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, 2, 332.

¹⁴ "Il legislatore ha ritenuto a ragione di inserire l'azione collettiva risarcitoria in un contesto di tutela incentrata e da far valere dai consumatori. Gli interessi tutelati appartengono cioè ai soggetti cui è riconosciuta la legittimazione ad agire. In precedenza si era in presenza di una forma di tutela di interessi già tutelati individualmente dall'ordinamento, ma affidata ad un sistema collettivo. Si trattava di azioni collettive cui potevano accedere, per ottenere giustizia, quanti si rivolgevano ad associazioni registrate, ad associazioni e a comitati adeguatamente rappresentativi; i singoli potevano cioè intervenire, aderire, accedere alla procedura di conciliazione. Gli interessi tutelati appartengono adesso ai soggetti cui è riconosciuta la legittimazione ad agire: i consumatori e gli utenti. Si fanno valere diritti individuali tali però da appartenere ad una "classe", pluralità di consumatori e di utenti" (F. ROMANA FANTETTI, in *La responsabilità civile*, 12, 2009, 997).

¹⁵ Critiche alla nozione di azione di classe provengono da F. BUSBANI. *Commento alla legge n. 99 del 2009 sull'azione collettiva*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2010, VIII, 274), per cui "l'azione collettiva risarcitoria viene ribattezzata come azione di classe, ma in realtà l'utilizzo del termine classe con riguardo ai legittimati attivi è piuttosto inusuale nel nostro ordinamento che sconosce un tale concetto, sicché il valore semantico di tale formula va ricostruito sulla scorta di tale disposizione".

¹⁶ P. FIORIO. *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in www.ilcaso.it, documento n. 172/2009, il quale sostiene che la legge 99/2009 avrebbe introdotto "un'azione di classe che unisce alcuni tratti della disciplina delle class actions statunitensi, con altri aspetti ad essa del tutto estranei, creando un assemblaggio discutibile della cui efficienza, in attesa delle prime applicazioni giurisprudenziali, si può dubitare".

teoriche e, forse, persino scarsamente significative¹⁷. Peraltro, tale pretesa si poneva in contrasto con le esigenze di economia processuale che ispirano le azioni di classe, nel senso che la richiesta identità di diritti rischiava di comportare proprio quella frammentazione delle azioni che il legislatore si proponeva di affievolire¹⁸.

Tuttavia, questa problematica sembra esser stata notevolmente ridimensionata dall'art. 6, comma I, del D.L. 24.01.2012, n. 1, il quale ha sostituito la predetta identità dei diritti con il più elastico criterio dell'omogeneità¹⁹.

Sicché, con riguardo alla legittimazione attiva, ad oggi, l'interrogativo più significativo investe l'interpretazione della norma relativa alla possibilità per il proponente di esercitare l'azione mediante associazioni cui conferisce mandato o comitati ai quali appartiene²⁰.

¹⁷ R. DONZELLI. *L'azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative*, in *Corriere Giuridico*, 2013, 1, 103.

¹⁸ In verità, un orientamento giurisprudenziale minoritario tendeva timidamente ad allontanarsi dalla rigidità del dato normativo, insegnando che, *“nell'azione di classe, presupposto di ammissibilità della domanda è l'identità dei diritti individuali dei consumatori, che ricorre allorché questi abbiano origine da un medesimo fatto costitutivo e il loro accertamento coinvolga questioni comuni di fatto e di diritto”* (Tribunale di Roma, 11.04.2011, in *Foro italiano*, 2011, 12, I, 3424): si escludeva, dunque, che fosse necessario che la lesione giudizialmente lamentata concernesse diritti sostanziali identici e comuni a tutti gli appartenenti alla classe.

¹⁹ L'art. 140-bis, comma II, oggi prescrive:

“L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori. L'azione tutela:

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”.

²⁰ G. SCHIAVONE. *Sulla legittimazione a proporre l'azione di classe e altre questioni*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, 1, 186.

2. LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE.

La delimitazione della legittimazione attiva è questione di fondamentale importanza, in quanto la concreta ed effettiva capacità dell'attore di rappresentare e di difendere adeguatamente gli interessi dei membri della classe non può che incidere notevolmente sugli esiti del giudizio.

Di converso, però, regole troppo rigide a presidio di tale esigenza non possono che scoraggiare la proposizione dell'azione in argomento, frustando il senso e le finalità dell'intera disciplina.

Può forse considerarsi un tentativo di risolvere l'indicato problema l'opportunità, offerta al consumatore o all'utente danneggiato nell'esercizio dell'azione volta all'accertamento delle responsabilità ed alla condanna dell'impresa al risarcimento del danno e alle restituzioni, di avvalersi di "associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa"²¹.

A tal proposito, però, non può certamente revocarsi in dubbio che "se l'oggetto dell'azione è di regola, la liquidazione dei danni subiti dai membri della classe, i singoli danneggiati sono certamente i diretti portatori dell'interesse fatto valere in giudizio"²².

La formula adottata dal legislatore, peraltro, dà adito a notevoli perplessità, laddove lascia supporre un regime giuridico differenziato a seconda che si tratti di associazioni ovvero di comitati.

Sembrerebbe, infatti, che:

- nel primo caso, sia necessaria l'esistenza di un rapporto di mandato, della cui natura giuridica si discute (collettivo, nell'interesse di terzi, nell'interesse del mandatario), a mezzo del quale uno o più consumatori (cd. proponenti) conferiscono all'associazione il potere di agire in giudizio per la tutela dei loro interessi, mentre

²¹ Art. 140-bis, comma I.

²² P. FIORIO. *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in www.ilcaso.it, documento n. 172/2009.

- nel secondo, sia sufficiente che uno degli utenti lesi sia fondatore o aderente del medesimo, affinché il comitato possa acquisire la necessaria legittimazione ad agire.

Quest'ultima interpretazione solleva seri dubbi di legittimità costituzionale, in particolare in relazione agli artt. 18 e 24: in tal caso, infatti, dall'esercizio della libertà di associazione conseguirebbe automaticamente (e forse illegittimamente) la limitazione del diritto di difesa.

Ciò non sembra potersi sospettare, però, nel caso in cui il comitato sia costituito allo scopo esclusivo di promuovere un'azione giudiziale in relazione a fatti concreti, già definiti nella loro specificità²³, giacché in questa evenienza la libertà associativa sarebbe esercitata proprio in proiezione dell'obiettivo giudiziale che si intende raggiungere, senza potersi, quindi, prospettare alcuna – anche solo potenziale – interferenza fra i due valori.

Questioni di legittimità costituzionale potrebbero altresì profilarsi con riguardo alla differente disciplina prevista per i comitati e le associazioni, poiché soltanto queste ultime, per poter legittimamente agire in giudizio, necessitano di un apposito mandato da parte del proponente: ciò, quantomeno, in base al dato letterale dell'art. 140-*bis*.

Tale disparità di trattamento, dunque, sembra difficilmente giustificabile in relazione all'art. 3, trovando una ragionevole spiegazione soltanto allorché lo statuto del comitato, che, verosimilmente, nella maggioranza dei casi, sarà costituito appositamente per la promozione di una specifica azione di classe, preveda che, attraverso l'adesione all'ente, ogni danneggiato conferisca l'incarico

²³ Si è osservato, in dottrina, che “l'azione può proporsi anche mediante comitati – non necessariamente *ad hoc* – cui il proponente partecipa, con ciò sottolineandosi il cospicuo impegno finanziario potenzialmente necessario per l'iniziativa: la dizione letterale esclude la necessità, ai fini della legittimazione, di un mandato specifico, potendo bastare che al comitato partecipi il singolo appartenente alla classe e che il comitato assuma la decisione di agire conformemente al suo statuto.” (F. DE STEFANO, in *Giurisprudenza di Merito*, 2010, 6, 1498).

per l'esercizio dell'azione²⁴. In questo caso, infatti, l'adesione al comitato implicherebbe il rilascio del mandato richiesto in favore delle associazioni.

Ma, qualora tale soluzione ermeneutica non fosse condivisibile, un'interpretazione della norma costituzionalmente orientata suggerirebbe di esigere il conferimento dell'incarico anche allorché ad agire sia un comitato²⁵.

Parimenti, nel silenzio della norma, dovrà ritenersi che l'esistenza del mandato costituisca una delle condizioni di ammissibilità della domanda, sottoposta al vaglio del Tribunale in occasione della prima udienza e da risolversi con la promulgazione dell'ordinanza di cui al sesto comma.

Va aggiunto, inoltre, come il novero degli enti autorizzati all'esercizio dell'azione non sia limitato alle associazioni dotate dei requisiti di cui all'art. 137 D.Lgs. 206/2005, ma si estenda a tutte quelle idonee a rappresentare adeguatamente gli interessi della classe, secondo una valutazione prudenziale che il Collegio sarà tenuto ad effettuare volta per volta.

La natura giuridica del rapporto fra ente esponenziale e consumatore è alquanto controversa ed i primi commentatori della norma hanno privilegiato prevalentemente i modelli del mandato, con o senza rappresentanza, ovvero della

²⁴ P. FIORIO. *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in www.ilcaso.it, documento n. 172/2009.

²⁵ “*Se si prende atto che con il nuovo art. 140-bis gli unici soggetti legittimati ad agire sono solo i diretti danneggiati, si deve concludere che il rilascio di un mandato per la promozione dell'azione rappresenta sempre una condizione necessaria, che non può essere sostituita dalla semplice adesione all'associazione o al comitato*”. Infatti, nell'imperio dell'attuale testo normativo, il ruolo degli enti esponenziali nella dinamica processuale si è notevolmente ridotto “*in quanto la scomparsa dell'interesse collettivo quale fulcro dell'azione di classe emargina il ruolo degli enti esponenziali i quali, da veri protagonisti della tutela collettiva risarcitoria, divengono meri comprimari legittimati a rappresentare la classe solo in presenza di uno specifico mandato conferito da almeno un danneggiato*” (P. FIORIO. *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in www.ilcaso.it, documento n. 172/2009).

sostituzione processuale²⁶, ammessa, come noto, nei soli casi tassativamente previsti dalla legge, *ex art. 81 c.p.c.*²⁷

Trattasi comunque di una fattispecie anomala di rappresentanza legale, perché non implicante l'incapacità dei soggetti rappresentati, oltre che spendibile in forme semplificate²⁸, essendo sufficiente il deposito di un mero mandato

²⁶ Va menzionato, al riguardo, l'insegnamento per cui, in caso di legittimazione straordinaria o di sostituzione processuale, si forma un litisconsorzio necessario, con la conseguenza che la sentenza pronunciata nei confronti del sostituto spiega i propri effetti anche verso il sostituito, se quest'ultimo è stato posto nelle condizioni di partecipare al processo (A. PROTO PISANI. *Diritto processuale civile*, pag. 291. Napoli, 2002; C. CONSOLO. *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Profili generali*, pag. 475. Padova, 2006).

²⁷ A. DONATI. *Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo*, in *Contratto e impresa*, 2010, 4/5, 26, 927, il quale spiega che "all'art. 140-bis va attribuito il merito di avere resa inammissibile l'eccezione basata sull'art. 81 c.p.c. (sostituzione processuale), alla cui stregua l'azione di classe si sarebbe risolta, in realtà, in un'ipotesi in cui si sarebbe fatto valere 'nel processo in nome proprio un diritto altrui'. Circostanza, anche questa, sicuramente non riscontrabile nella nuova disciplina per ciò stesso che il rapporto tra la domanda del "proponente" e gli "atti di adesione" ad essa, disegna una azione collettiva".

Si pongono nella medesima ottica gli Autori che ravvedono nella novella legislativa di cui alla legge 99/2009 l'introduzione, nel nostro ordinamento, di un'azione plurisoggettiva dal lato attivo, ascrivibile al modello di cui all'art. 103, I comma, c.p.c.: "la nuova formulazione, che è certamente preferibile, risulta maggiormente coerente con il dettato costituzionale secondo cui la facoltà di agire in giudizio spetta a ciascun soggetto (art. 24 Cost.) e non pone i delicati problemi in tema di sostituzione processuale anomala che potevano ravvisarsi nella precedente formulazione della norma ovvero di assai difficile individuazione della titolarità degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti.

Così riformulata, peraltro, la norma sembra alludere più ad un'azione plurisoggettiva, già oggi conosciuta dal nostro ordinamento processuale (è l'ipotesi di litisconsorzio facoltativo attivo di cui all'art. 103, comma 1°, cod. proc. civ.), che ad una vera e propria azione di classe quale è conosciuta negli ordinamenti ove essa è operativa" (T. GALLETTO. *L'azione di (seconda) classe (Considerazioni sul novellato art. 140-bis del Codice del Consumo*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2009, 11, II, 540).

Contra: F. TEDIOLI. *Class action all'italiana atto secondo: un cantiere ancora aperto*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, 12, 998, che propende per una legittimazione straordinaria ad agire in capo all'associazione (o al comitato): "i soggetti dotati di legittimazione attiva non sono un sostituto processuale dei danneggiati (ex art. 81 c.p.c.), né agiscono in rappresentanza ex lege dei consumatori. Essi operano in virtù di una legittimazione straordinaria ad agire per conto di una pluralità di soggetti non determinati, né determinabili. Il ruolo di parte è assunto dal promotore indipendentemente dalle adesioni e quest'ultimo può compiere validamente tutti gli atti che non presuppongono la capacità di disporre dei diritti (altrui) oggetto della controversia, a partire dalla nomina del difensore.

In particolare, il proponente non può rispondere all'interrogatorio formale e rendere confessione, non può deferire o prestare il giuramento. Ancora, non può rinunciare agli atti o alla domanda, né può conciliare la lite con effetti vincolanti per gli aderenti che non vi abbiano espressamente consentito. Il che significa che non è sufficiente l'eventuale attribuzione preventiva, conferita al rappresentante, del potere di transigere, ma serve un consenso espresso del singolo aderente sul contenuto e, quindi, sulla convenienza economica della proposta di accordo conciliativo".

²⁸ In questa prospettiva, si è detto che "si tratta comunque di una rappresentanza legale sui generis, che non presuppone l'incapacità ad agire dei soggetti rappresentati (se non ad attivare il particolare rimedio processuale di classe) e che sembra esigere un semplice mandato scritto (in deroga a quanto prescritto dall'art. 77 c.p.c. poiché gli aderenti non divengono parti formali né rispondono verso il convenuto, se costui vinca, per i costi processuali)" (C. CONSOLO. *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Il Corriere Giuridico*, 2009, 10, 1299).

scritto²⁹. Ciò sembra giustificato dalla circostanza che gli aderenti non divengono parti processuali, in senso né formale, né sostanziale³⁰, sicché non sono esposti ad alcun rischio di condanna alla rifusione delle spese di lite³¹.

Ma il più significativo allontanamento dalla disciplina generale in tema di capacità processuale è rappresentato dalla possibilità, riconosciuta all'ente esponenziale, di agire in giudizio per la tutela di diritti soggettivi in relazione ai quali non esercita la rappresentanza sostanziale³². Al contrario, secondo l'interpretazione maggioritaria³³, l'art. 77 c.p.c. esclude simile eventualità, imponendo che la rappresentanza formale si accompagni sempre a quella materiale³⁴.

Una delle prime problematiche prospettate con riguardo alla tematica in discorso concerne la possibilità che la revoca del mandato sia sottoposta a particolari oneri e, soprattutto, se possano pattuirsi, nei rapporti interni fra attore

²⁹ Pur escludendo l'obbligo di ricorrere a forme solenni, ritiene necessaria l'autenticazione della firma F. DE STEFANO, in *Giurisprudenza di Merito*, 2010, 6, 1498.

³⁰ Di contrario avviso un'attenta, ma minoritaria dottrina, secondo cui gli aderenti altro non sono che parti non costituite: *“l'azione di classe italiana, fondata sul sistema dell'onere di adesione (c.d. opt-in), infatti, ha una natura prettamente litisconsortile, e non si presta minimamente a interpretazioni ‘entificanti’ quali si sono immaginate negli Stati Uniti (peraltro senza trovare avallo in giurisprudenza), dove si pone invece l'alternativa fra l'azione di classe fondata sul sistema dell'onere di recesso (c.d. opt-out) e la c.d. mandatory class action, in cui non è possibile neppure il recesso (sicché le teorie ‘entificanti’ puntavano a giustificare restrizioni anche alla facoltà di recesso)”* (A. GIUSSANI, *Rito e merito nell'azione di classe*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 10, 2125).

³¹ C. CONSOLO. *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Il Corriere Giuridico*, 2009, 10, 1297.

³² *“Sembrerebbe cioè configurabile un conflitto con le norme codicistiche sulla rappresentanza volontaria di cui all'art. 77 c.p.c., che imporrebbe l'esistenza del potere di rappresentanza sostanziale, laddove si configurasse in capo alle associazioni e comitati un potere di mera rappresentanza processuale”* (DOMITILLA VANNI, *La class action e la funzione di deterrenza degli illeciti civili in prospettiva comparatistica*, consultabile sul sito Internet www.ildirittoamministrativo.it).

³³ Da ultimo: Corte d'Appello di Torino, 23.09.2011, in *Nuovo notiziario giuridico*, 2011, 2, 358.

³⁴ Si è espressa in questa direzione anche il massimo Interprete: *“in tema di rappresentanza processuale, il potere rappresentativo, con la correlativa facoltà di nomina dei difensori e conferimento di procura alla lite, può essere riconosciuto soltanto a colui che sia investito di potere rappresentativo di natura sostanziale in ordine al rapporto dedotto in giudizio, con la conseguenza che il difetto di poteri siffatti si pone come causa di esclusione anche della ‘legittimatio ad processum’ del rappresentante, il cui accertamento, trattandosi di presupposto attinente alla regolare costituzione del rapporto processuale, può essere compiuto in ogni stato e grado del giudizio e quindi anche in sede di legittimità, con il solo limite del giudicato sul punto, e con possibilità di diretta valutazione degli atti attributivi del potere del potere rappresentativo”* (Cassazione civile, S.U., 16.11.2009, n. 24179, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 11, 1597).

ed ente esponenziale, delle clausole volte a garantire al mandatario il potere effettivo di proseguire l'azione sino al suo naturale epilogo.

In via generale, infatti, il mandante può compiere autonomamente tutti gli atti giuridici o tutti gli affari per la realizzazione dei quali, in via negoziale, aveva conferito al mandatario il relativo incarico. Tale facoltà, se esercitata, comporta una revoca tacita del mandato, come previsto dall'art. 1724 c.c., secondo cui *“la nomina di un nuovo mandatario per lo stesso affare o il compimento di questo da parte del mandante importano revoca del mandato, e producono effetto dal giorno in cui sono stati comunicati al mandatario”*³⁵.

Nel caso in parola, tuttavia, non si può dimenticare come l'azione del proponente interferisca, almeno potenzialmente, sulle situazioni giuridiche soggettive degli eventuali aderenti, in forza dell'affidamento che il giudice ha riposto sulla capacità del medesimo *“di curare adeguatamente l'interesse della classe”*³⁶.

Senza contare, poi, che il positivo giudizio di ammissibilità, compiuto anche alla stregua della accertata attitudine del proponente a rappresentare gli aderenti, ha inaugurato un'azione inevitabilmente lesiva dell'immagine professionale dell'impresa convenuta e, soprattutto, in misura ben più significativa di una normale domanda individuale.

³⁵ Circa la compatibilità del carattere tacito della revoca con la figura del mandato, vedasi: Cassazione civile, sez. trib., 22.07.2004, n. 13676, in *Fallimento*, 2005, 887. Un più antico pronunciamento, invece, aveva dedotto la revoca implicita del mandato conferito agli arbitri dal contegno processuale dei litiganti: si spiegava, in tale contesto, che *“in ipotesi di compromesso per arbitrato irrituale o libero il quale si concretizza in un mandato collettivamente conferito all'arbitro per la definizione negoziale di un determinato rapporto controverso, la revoca del mandato medesimo, che comporta il venir meno del potere dell'arbitro, ove giunga in qualsiasi modo a sua conoscenza, e la conseguente reintegrazione dei compromittenti nella facoltà di avvalersi della tutela giurisdizionale per i diritti nascenti da quel rapporto, può risultare anche tacitamente, alla stregua di atti e comportamenti nei quali sia implicita la volontà di entrambi i mandanti di togliere all'arbitro l'incarico prima conferito. Tale situazione, pertanto, va ravvisata nel caso in cui un compromittente si costituisca parte civile, in un procedimento penale a carico dell'altro compromittente, senza che quest'ultimo sollevi tempestiva opposizione, se la costituzione medesima, ancorché giuridicamente caratterizzata in modo diverso rispetto alle richieste formulate all'arbitro, riguardi gli stessi interessi patrimoniali investiti dal compromesso”* (Cassazione civile, sez. III, 27.09.1979, n. 4983, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, 9).

³⁶ Art. 140-bis, comma VI.

Alla luce dei suesposti inconvenienti, appare lecito domandarsi persino se l'azione possa comunque proseguire, nonostante la revoca del mandato che ne aveva provocato l'esperimento (ma la tematica verrà approfondita nel proseguimento). In questa sede, invece, si tenterà di illustrare i vari diritti che il mandatario può garantirsi a fronte dell'assunzione di un'iniziativa tanto onerosa, come normalmente è l'azione di classe.

Pare ineccepibile la validità di un accordo che, in caso di revoca del mandato, si limiti a porre a carico del rappresentato i costi del giudizio³⁷. D'altro canto, è l'art. 1719 c.c. ad imporre al mandante l'obbligo di somministrare tutti i mezzi, anche finanziari, che si rendano necessari per l'esecuzione dell'incarico. Previsione normativa, questa, di carattere generale e, quindi, valevole anche in ipotesi di interruzione anticipata dell'attività gestoria, come precisato dalla giurisprudenza di legittimità, quando insegna che *“la revoca del mandato, di cui al n. 2 dell'art. 1722 c.c., ha natura di recesso unilaterale con efficacia ‘ex nunc’, priva di effetti estintivi rispetto al rapporto e dotata della capacità di paralizzare l'efficacia del rapporto stesso per il futuro, ossia da quando la relativa dichiarazione di volontà sia stata indirizzata al mandatario e sia decorso l'eventuale preavviso. Ne consegue che la revoca non elimina l'attività gestoria compiuta dal mandatario, restando salvi gli effetti del contratto verificatisi anteriormente alla dichiarazione di revoca, ed il mandante è tenuto a far fronte alle obbligazioni in precedenza contratte per suo conto dal mandatario nei confronti dei terzi, per quanto non ancora eventualmente esigibili”*³⁸.

Parimenti, si è ritenuto come non debba aprioristicamente escludersi che il mandato possa associarsi ad una cessione del credito, ancorché la stessa possa prestarsi ad abusi; spetterà, infatti, *“alla giurisprudenza l'individuazione di limiti e criteri discretivi che impediscano operazioni di rastrellamento e di sconto delle*

³⁷ P. FIORIO. *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in www.ilcaso.it, documento n. 172/2009.

³⁸ Cassazione civile, sez. III, 11.08.2000, n. 10739, in *Giustizia civile*, 2001, I, 1025, con nota di M. COSTANZA. *La revoca del mandato ed i suoi effetti*.

relative posizioni creditorie dei singoli appartenenti”³⁹. La diffusione di simili accordi permetterebbe, fra l’altro, l’immediata soddisfazione dei crediti vantati dai danneggiati, al contempo assicurando una maggiore responsabilizzazione degli enti rappresentativi, oltre che un forte disincentivo contro la proposizione di azioni temerarie.

Risulta opportuno, allora, verificare se la cessione di credito sia compatibile con il rapporto di mandato, determinando altresì le possibili conseguenze discendenti dalla combinazione di tali figure negoziali.

Giova preliminarmente chiarire come, sul punto, sia ormai consolidato il principio di diritto secondo il quale *“la cessione del credito ed il mandato irrevocabile all’incasso, pur potendo essere utilizzati per raggiungere le medesime finalità solutorie o di garanzia, si differenziano sostanzialmente e sono incompatibili, poiché la cessione produce l’immediato trasferimento del credito ad altro soggetto, che diviene titolare della legittimazione esclusiva a pretendere la prestazione del debitore, mentre il mandato in ‘rem propriam’ conferisce al mandatario solo la legittimazione a riscuotere il credito in nome e per conto del mandante, che ne conserva la titolarità esclusiva, con la conseguenza che il creditore può validamente cedere il proprio credito anche dopo aver conferito ad altro soggetto un mandato irrevocabile all’incasso del suddetto credito, sempre che, prima della cessione, il mandatario ‘in rem propriam’ non abbia già incassato le somme relative, atteso che tale fatto, determinando l’estinzione del credito, ne renderebbe impossibile la cessione”*⁴⁰.

Ciò che maggiormente rileva in questa sede è l’effetto traslativo associato all’accordo intervenuto fra il cedente ed il cessionario, in forza del quale la titolarità del credito originariamente spettante al primo si trasmette

³⁹ F. DE STEFANO, in *Giurisprudenza di Merito*, 2010, 6, 1498.

⁴⁰ Cassazione civile, sez. III, 12.12.2003, n. 19054, in *Rivista del Notariato*, 2004, 1232; in senso conforme cfr. anche: Cassazione civile, sez. III, 03.12.2002, n. 17162, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2109; Tribunale di Novara, 27.05.2010, n. 546, in *Redazione Giuffré*, 2010.

immediatamente al secondo, a prescindere dall'adempimento del debitore ceduto⁴¹.

Tale assunto trova conferma in molteplici norme caratterizzanti la disciplina in esame, quali, ad esempio:

- l'art. 1264 c.c., il quale esclude la liberazione del debitore ceduto che paghi in mala fede al cedente, ancorché la cessione gli sia stata ancora notificata e non l'abbia accettata;
- l'art. 1265 c.c., che attribuisce alla notificazione al – o all'accettazione del – debitore la sola funzione di risolvere i conflitti fra la pluralità di eventuali acquirenti;
- gli artt. 1266 e 1267 c.c., che sanzionano l'inadempimento del cedente alle proprie obbligazioni di garanzia con il risarcimento del danno, confermando, però, che, anche in caso di inadempimento, la titolarità del credito permane in capo al cessionario.

Ciò significa che, perfezionandosi l'effetto traslativo del credito al momento della cessione, il mandato ad essa associato dovrebbe considerarsi nullo per inesistenza dell'oggetto, atteso che, in questo contesto, il mandante, cioè il consumatore, finirebbe per attribuire al mandatario, ossia l'associazione o il comitato, il potere di compiere atti giuridici in relazione ai quali (il mandante medesimo) è divenuto privo di qualsivoglia legittimazione.

In altri termini, una volta spogliatosi dei diritti al risarcimento e/o alle restituzioni vantati nei confronti dell'impresa, il consumatore rimane privo del potere di incaricare l'ente esponenziale ad agire in giudizio per la tutela di tali diritti, di cui non è più titolare o che, comunque, devono considerarsi integralmente soddisfatti dal corrispettivo della cessione: sicché appare arduo configurare una cessione di credito quale accessorio del mandato⁴².

⁴¹ In giurisprudenza, vedasi: Cassazione civile, sez. I, 03.07.2009, n. 15677, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 7-8, 1033.

⁴² Nemmeno sembra potersi prospettare un'operazione di sconto, in quanto, ai sensi dell'art. 1858 c.c., lo scontante deve essere necessariamente una Banca.

Sembra, dunque, preferibile ipotizzare un mandato all'incasso, accompagnato dall'anticipazione delle somme che il mandatario sarà tenuto a riscuotere, anticipazione la quale, a ben vedere, configura l'ipotesi opposta a quella testé descritta.

Infatti, con questo sistema, l'associazione/comitato concede un credito al consumatore, destinato ad essere restituito attraverso gli importi ottenuti dall'impresa danneggiante⁴³: nulla sembra impedire, poi, che, a mezzo di apposita pattuizione contenuta nel mandato, l'ente esponenziale si esponga all'alea di un esito negativo del giudizio, rinunciando, in tal caso, a pretendere la restituzione delle anticipazioni effettuate e, soprattutto, accollandosi gli oneri di giudizio.

Le questioni diventano ancor più complicate allorché si affrontino le tematiche relative agli effetti processuali dell'intervenuta revoca, in quanto la disciplina del mandato *in rem propriam* ex art. 1723, comma II, c.c. (perché conferito principalmente nell'interesse dei terzi, ossia tutti i possibili aderenti), cui sembra potersi ricondurre la figura negoziale in questione⁴⁴, appare difficilmente applicabile *in toto* a contesti tali da coinvolgere il fondamentale diritto all'azione giudiziale, sottratto, in quanto tale, ad una logica meramente privatistica.

⁴³ È ciò che usualmente avviene nei rapporti fra Istituto di credito ed impresa, nel contesto dei quali, non di rado, la prima anticipa alla seconda gli importi esposti nelle fatture, provvedendo, successivamente, ad escutere i debitori ivi indicati ed a trattenere in compensazione le somme ottenute. Illuminante la spiegazione della Suprema Corte, la quale insegna che, “*nel caso di operazioni di anticipazione su fatture effettuate dalla banca, questa ultima concede credito al cliente nel momento in cui questi le conferisce mandato all'incasso delle fatture, anticipazioni che sono destinate a essere ripianate tramite i versamenti effettuati dal terzo a fronte delle fatture (cosiddette operazioni autoliquidanti). L'anticipazione viene iscritta in dare nel conto degli anticipi e contestualmente in avere nel conto corrente ordinario, ove viene a integrare la provvista messa a disposizione del cliente, che può avvalersene nel modo ritenuto più congruo, eventualmente utilizzandola per ricreare la disponibilità ai fini dell'apertura di credito concessa sul conto corrente o, se il conto ordinario presenta un saldo passivo scoperto, per ripianare il debito nei confronti della banca. Nel momento in cui il terzo effettua il bonifico la somma viene iscritta in avere nel conto anticipi che, quindi, a questo punto dovrebbe segnare un saldo zero e per l'eventuale eccedenza viene accreditata in avere nel conto corrente ordinario. È evidente, pertanto, che il bonifico del terzo ha carattere solutorio perché va a saldare il debito del correntista derivante dall'anticipazione su fatture, a nulla rilevando che la provvista creata con l'anticipazione sia affluita sul conto corrente ordinario, perché quella è la provvista derivante dall'anticipazione di cui il correntista poteva usufruire come meglio riteneva, a fronte del finanziamento*” (Cassazione civile, sez. I, 01.07.2008, n. 17955, in *Guida al diritto*, 2008, 44, 63).

⁴⁴ P. FIORIO. *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in www.ilcaso.it, documento n. 172/2009.

Ad esempio, l'applicazione del summenzionato art. 1723, comma II, c.c. che subordina la revocabilità del mandato alla sussistenza di una giusta causa o all'esplicita pattuizione⁴⁵ sembra porsi in contrasto con il libero esercizio del diritto di agire in giudizio e di rinunciarvi *ad nutum* ogni volta che la parte lo ritenga opportuno, senza che le motivazioni eventualmente addotte a sostegno di tale scelta possano essere sindacate nel loro contenuto⁴⁶.

Sembra ragionevole sostenere, allora, che la valutazione circa la fondatezza della revoca acquisisca rilevanza esclusivamente ai fini della regolazione dei rapporti interni fra proponente ed ente esponenziale.

Soluzioni più agevoli e confortanti potrebbero evincersi allorché il mandato sia conferito da una pluralità di consumatori ed utenti, dovendo, in tal caso, trovare applicazione l'art. 1726 c.c. (ma la deduzione non è poi così scontata⁴⁷) che subordina l'efficacia della revoca al consenso di tutti i mandanti o alla ricorrenza di una giusta causa. In questo contesto, pertanto, si potrebbe ipotizzare che la revoca compiuta soltanto da una parte dei proponenti non

⁴⁵ Nessun allontanamento dalla lettera della legge emerge dalla giurisprudenza in termini:

- “il mandante può revocare il mandato, di cui ha convenuto pattiziamente col mandatario l'irrevocabilità, quando sussiste una giusta causa (fatispecie in una ipotesi di eccesso di mandato)” (Tribunale di Cagliari, 19.06.1992, in *Rivista giuridica Sarda*, 1993, 696);
- “costituisce giusta causa di revoca del mandato, conferito anche nell'interesse del mandatario al fine di operare sostanzialmente una compensazione tra la somma riscossa per conto del mandante e i crediti verso il medesimo derivanti dai finanziamenti a lui concessi, l'impossibilità della realizzazione dell'interesse del mandatario per l'incompatibilità che sussiste tra gli effetti del rapporto sottostante al mandato con quelli di una procedura concorsuale, qual è indubbiamente quella che consegue all'accettazione dell'eredità con beneficio d'inventario per la liquidazione dei creditori” (Corte appello di Milano, 16.04.1985, in *Banca borsa titoli di credito*, 1986, II, 286).

⁴⁶ I precedenti in termini, però, sembrano lasciare uno spiraglio alla ventilata soluzione, non escludendo, in radice, che, a seguito dell'analisi del contratto intervenuto fra proponente ed ente esponenziale, il Giudice possa rinvenire un mandato *in rem propriam* (vedasi, ad esempio: Tribunale di Torino, 07.04.2011, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 2, 367).

⁴⁷ L'inevitabile diversità dei diritti soggettivi rivendicati, infatti, pare escludere l'unicità dell'affare presupposta dall'art. 1726 c.c.. Secondo il più persuasivo insegnamento, infatti, “*si ha mandato collettivo – per la cui revoca, a norma dell'art. 1726 c.c., occorre il consenso di tutti i mandanti – quando la volontà di ciascuno di essi sia legata da vicendevole dipendenza a causa di un affare comune, che interessi egualmente tutti i vari mandanti per l'identità dell'oggetto o del contenuto, cioè di un affare unico, indivisibile ed indistinto, non bastando la semplice coincidenza di interessi diversi e divisi, associati solo casualmente o per opportunità, la quale può dar luogo, invece, ad un mandato plurimo*” (Cassazione civile, sez. I, 28.10.2011, n. 22529, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 11, 1545).

paralizzino l'azione, ma escluda semplicemente l'estensione del giudicato nei confronti del recedente, ferma restando, ovviamente, l'eventuale responsabilità di quest'ultimo verso gli altri mandatari, nell'ipotesi in cui non dimostri la ricorrenza di una giusta causa.

Altro presupposto dell'azione implicitamente preteso dalla norma in questione, unitamente all'esistenza di un mandato scritto, è costituito dalla concreta titolarità (almeno in termini assertivi), in capo al proponente, del diritto fatto valere, non essendo sufficiente la semplice appartenenza dell'attore alla categoria lesa, con conseguente esigenza di dichiarare l'inammissibilità dell'azione allorché appaia evidente che l'attore non sia un consumatore ovvero abbia subito un pregiudizio diverso da quello caratterizzante la categoria che pretende di rappresentare⁴⁸.

Sottolineano i primi commentatori come l'indicato presupposto debba valutarsi con particolare rigore, non avendo l'art. 140-*bis* dispensato l'attore dalla prova del proprio interesse ad agire, secondo i generali principi vevoli in materia di condizioni dell'azione⁴⁹. Così, *“neppure la circostanza che il legale rappresentante di quelle (associazione o ente, n.d.r.) sia egli stesso un utente o consumatore sanerebbe la carenza di legittimazione attiva: occorre sempre che uno degli associati –che abbia la qualità di appartenente alla classe- conferisca uno specifico mandato all'associazione; però, non si richiedono forme solenni, sicché dovrebbe bastare una scrittura privata con firma autenticata. Si noti che il mandato non comporta la cessione del credito da parte del singolo appartenente alla classe: tuttavia, tale cessione – benché non vietata- potrebbe costituire la regola, anche mediante corrispettivo; spetterà alla giurisprudenza l'individuazione di limiti e criteri discretivi che impediscano operazioni di*

⁴⁸ A. RONCO. *L'azione di classe alla ribalta: l'egoismo necessario dell'attore*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 2606.

⁴⁹ Peraltro, la giurisprudenza ritiene che il difetto d'interesse ad agire possa essere autonomamente rilevato dal Giudice, anche allorché sia reputato esistente da tutte le parti regolarmente costituite (Cassazione civile, sez. II, 03.02.1998, n. 1039, in *Mass. giur. it.*, 1998).

*rastrellamento e di sconto delle relative posizioni creditorie dei singoli appartenenti*⁵⁰.

Si discute, poi, se la mancata appartenenza del proponente alla classe che intende rappresentare costituisca un'eccezione di carattere meramente sostanziale – formulabile, in quanto tale, soltanto con la prima difesa utile e, dunque, verosimilmente, con la comparsa di risposta⁵¹ – ovvero incida sui presupposti processuali o coinvolga questioni di ordine pubblico, rilevabili dal Giudice in ogni stato e grado del processo, anche di legittimità, “rischiando però, in tal modo, di pendere minacciosa per tutta la durata dello stesso”⁵².

Appare ragionevole ritenere, però, che la questione vada trattata congiuntamente alle altre condizioni di ammissibilità dell'azione e, dunque, sottoposta, in prima battuta, al giudizio interinale di cui all'ordinanza *ex* comma VI (emessa nel contraddittorio con il P.M.), e, successivamente, da risolversi definitivamente con sentenza, la quale, a sua volta, sarà sottoposta a tutti i mezzi di gravame.

Naturalmente, non può apoditticamente escludersi che la carenza di legittimazione emerga a seguito dell'espletata istruttoria, ad esempio nel caso in cui il danno lamentato dal proponente, pur affine, sotto il profilo tipologico, a quello subito dagli aderenti, sia stato cagionato da un fattore diverso da quello imputato all'impresa convenuta⁵³: anche per questo motivo, non appare sostenibile l'esistenza di preclusioni, atte ad impedire al Giudice un pronunciamento a cognizione piena alla luce di tutti i mezzi istruttori acquisiti⁵⁴.

⁵⁰ F. DE STEFANO, in *Giurisprudenza di Merito*, 2010, 6, 1498.

⁵¹ Sull'onere della prova, si è ipotizzato che, pur gravando sul proponente, lo stesso sia fortemente temperato *in subiecta materia* dal principio della vicinanza, il quale tenderà a trasferire sul professionista il compito di dimostrare talune circostanze di fatto che, in virtù di una rigorosa interpretazione dell'art. 2697 c.c., sarebbe il consumatore a dover dimostrare (A. GIUSSANI, *Rito e merito nell'azione di classe*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 10, 2125).

⁵² G. ALPA, *Azione collettiva in due mosse. Un mostro giuridico da riscrivere integralmente*, in *Rassegna stampa de Il sole 24 ore*, 17.11.2007, 7.

⁵³ Oppure qualora emerga la prova che il proponente non ha subito il danno nelle vesti di consumatore e, dunque, non è soggettivamente legittimato a promuovere l'azione di classe.

⁵⁴ Naturalmente, anche in questo caso, il P.M. avrebbe il potere di intervenire nuovamente, limitando la propria attività al giudizio di ammissibilità dell'azione di classe.

Stante l'importanza delle questioni relative alla legittimazione⁵⁵, sembrerebbe opportuno sancire, *de iure condendo*, che la decisione in termini sia pronunciata con un provvedimento non impugnabile e che non sia suscettibile né di revoca, né modifica⁵⁶ ovvero, in alternativa, che il reclamo proposto alla Corte d'Appello sospenda l'azione di classe, così da garantire una maggiore uniformità di giudizio⁵⁷.

⁵⁵ Non si tralasci di considerare, infatti, che tali questioni incidono su valori di pubblica rilevanza, come, peraltro, dimostrato dal riconosciuto potere d'intervento del P.M..

⁵⁶ L'art. 177 c.p.c., infatti, esclude la revocabilità e la modificabilità delle ordinanze espressamente qualificate come non impugnabili soltanto allorché siano pronunciate dal Giudice istruttore.

⁵⁷ Si potrebbe addirittura ritenere opportuno che la decisione sull'ammissibilità sia risolta con sentenza non definitiva, immediatamente impugnabile e, dunque, suscettibile di passare in giudicato, salvo espressa riserva.

3. LA NATURA GIURIDICA E LA DISCIPLINA DEGLI ATTI DI ADESIONE.

L'adesione dei consumatori che ritengono di appartenere alla classe indicata dal proponente raffigura ovviamente un momento cruciale dell'azione di classe, atteso che, in difetto, la stessa si risolverebbe in una comune azione individuale.

Con riguardo alla natura giuridica, l'atto di adesione si presenta come un atto unilaterale di natura sostanziale, tipizzato dal terzo comma dell'art. 140-*bis*, il quale ne indica il contenuto, da integrarsi analogicamente, all'occorrenza, con le norme generali previste per i contratti, come consentito, in questa materia, dall'art. 1324 c.c.⁵⁸.

Innanzitutto, dal punto di vista della causa, sembra ragionevole affermare che essa vada ricercata nell'interesse degli aderenti ad avvalersi, per la tutela giurisdizionale dei propri diritti, del peculiare strumento offerto dall'azione di classe.

Non si dimentichi, infatti, come l'art. 140-*bis* non ampli il ventaglio dei diritti sostanziali riconosciuti al consumatore, ma si limiti a concedere un particolare – e, nell'intendimento del legislatore, più spedito – strumento di garanzia; di converso, l'adesione, pur riconducibile alle fattispecie di diritto privato, esprime la mera volontà di rivendicare un diritto che il titolare ben potrebbe azionare attraverso le forme ordinarie del processo civile⁵⁹.

⁵⁸ Si è argomentato che “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” (F. CAMILLETI, *L'azione collettiva risarcitoria: profili processuali*, in *I contratti*, 2007, 4, 638-644).

⁵⁹ 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, 1, 109).

La disciplina dell'atto in questione, con particolare riferimento agli effetti giuridici da questo prodotti, invece, non può che desumersi dal coordinamento fra le norme di carattere sostanziale e processuale.

Il contenuto dovrebbe sostanzialmente limitarsi all'indicazione ed alla dimostrazione, ancorché in forma embrionale, dei fatti costitutivi del diritto dell'aderente a partecipare all'azione collettiva, ossia, in special modo, la sua qualità di consumatore, l'appartenenza alla classe disegnata dall'attore, nonché le peculiarità del diritto singolarmente rivendicato.

Si potrebbe ritenere che la sufficienza di quanto esposto nell'atto d'adesione non possa che essere censita sulla base dell'idoneità del medesimo a garantire il diritto di difesa dell'impresa convenuta e a non alterare il regolare svolgimento dell'azione di classe, anche ai sensi dell'art. 156, comma III, c.p.c. e del correlato principio della strumentalizzazione delle forme dell'atto allo scopo processuale perseguito, sebbene, come riferito, nel caso di specie, si tratti di un atto di carattere (prevalentemente) sostanziale⁶⁰.

In merito ai profili processuali, sembra doversi escludere l'equiparazione dell'aderente alla parte processuale, anche a livello di mero interveniente volontario⁶¹, con conseguente inapplicabilità delle norme attinenti il litisconsorzio, necessario o eventuale che sia⁶².

⁶⁰ Esigenza, quest'ultima, dotata di pubblica rilevanza, in quanto la formulazione di adesioni temerarie rischia di pregiudicare l'efficienza e la credibilità dello strumento, minacciando, al contempo, i valori di interesse generale ad esso sottesi.

⁶¹ Si tratta della posizione assunta dalla dottrina largamente maggioritaria. Tra i più autorevoli: C. CONSOLO – B. ZUFFI. *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, pag. 135. Padova, 2012; R. DONZELLI. *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, pag. 285. Napoli, 2011; F. PORCARI. *Le continue oscillazioni dell'azione di classe (ancora alla ricerca della sua vera fisionomia)*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2013, 5, 1612.

⁶² 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*.

Al fine di aggirare, in qualche modo, il dato letterale, che esclude la figura dell'intervento (decimo 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 dalle adesioni, anziché dai veri interventi: *“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

Più precisamente, deve respingersi il paragone fra l'aderente e l'interveniente adesivo dipendente, giacché quest'ultimo, a differenza del primo, non potrebbe spiegare un'autonoma domanda giudiziale nei confronti della controparte, incorrendo, in tal caso, in una carenza di interesse ad agire, cui conseguirebbe il rigetto della domanda attraverso una pronuncia di mero rito.

Ad esempio, il sub-conduttore non è legittimato ad agire contro il locatore per l'accertamento della validità del contratto intervenuto fra lo stesso ed il sub-locatore, non avendo alcun diretto interesse a siffatta pronuncia. Tuttavia, in pendenza di un giudizio di questo genere, sarebbe certamente legittimato ad intervenire, in via d'adesione dipendente, atteso che la sentenza conclusiva sarebbe destinata a produrre, sebbene soltanto indirettamente, effetti nei suoi confronti.

Altra differenza risiede nella circostanza che l'intervenitore 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.

Esclusa, dunque, per le suesposte motivazioni, la possibilità di ricondurre l'adesione alla fattispecie *ex art. 105, comma II, c.p.c.*, deve parimenti ritenersi come, nel caso di specie, non possa nemmeno ipotizzarsi un'analogia con il cumulo fra azioni soggettive, connesse sotto i profili oggettivi del *petitum* e/o della *causa petendi*, o viceversa, in quanto non si tratta di una pluralità di azioni, astrattamente scindibili, ma riunite per mere ragioni di convenienza, bensì di un'unica azione, quella di classe, appunto.

corollari del caso (possibilità di subentro del 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" (M. GUERNELLI. *La nuova azione di classe: profili processuali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2010, 3, pagg. 919-920).*

Si è acutamente osservato, sul punto, che “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.”⁶³.

Per giunta, l’adesione non sembra potersi ricondurre neppure all’intervento volontario di cui all’art. 105 c.p.c.⁶⁴, atteso che le posizioni dei soggetti che aderiscono non sono connesse né all’oggetto, né al titolo dedotto dal proponente, quantomeno secondo il significato che questi requisiti dell’azione acquisiscono nell’ottica dell’art. 105, comma I, c.p.c.⁶⁵.

Ma si presenta ostico persino il tentativo di ravvisare nell’aderente una parte *sui generis*, caratterizzata dalla notevole compressione dei poteri esercitabili nel contesto giudiziale⁶⁶, non solo – e non tanto⁶⁷ – per le ovvie censure di

⁶³ A. DONATI. *Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo*, in *Contratto e impresa*, 2010, 4/5, 26, 927.

⁶⁴ A. DONATI. *Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo*, in *Contratto e impresa*, 2010, 4/5, 26, 927.

⁶⁵ Le direttive della giurisprudenza, in verità, di norma, non si discostano notevolmente dalla tautologia, risolvendosi nell’assunto per cui “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” (Cassazione civile, sez. III, 14.07.2004, n. 13063, in *Archivio giuridico circolazione*, 2005, 631).

⁶⁶ È questa l’autorevolissima opinione di P. SCHLESINGER. *La nuova azione di classe*, in *Corriere giuridico*, 2011, 550, il quale recupera la distinzione fra parti in senso formale e sostanziale, sostenendo che il divieto per gli aderenti di intromettersi nello svolgimento dell’attività processuale sia giustificato dall’esigenza di evitare, anche nel loro interesse, frammentazioni, rallentamenti, duplicazioni o antinomie nelle decisioni giudiziali. Riprende questa tesi: T. GALLETTO. *L’azione di (seconda) classe (considerazioni sul novellato art. 140-bis cod. consumo)*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, II, 539.

⁶⁷ Infatti, i dubbi di legittimità sembrano sussistere anche a voler negare l’equiparazione dell’aderente alla parte, se sol si consideri come gli effetti del giudicato, per espresso dettato normativo, si riflettano comunque nei suoi confronti. Numerose perplessità vengono manifestate da A. RICCIO. *La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*, in *Contratto e impresa*, 2010, 8.

incostituzionalità che ne deriverebbero⁶⁸, ma soprattutto per gli inequivocabili indici testuali che depongono in senso contrario a tale teoria.

Infatti, la precisazione per cui la sentenza fa stato anche nei confronti degli aderenti⁶⁹ sarebbe manifestamente superflua allorché gli aderenti fossero parti processuali, essendo tale conseguenza espressamente contemplata, in via generale, dall'art. 2909 c.c.⁷⁰.

In realtà, 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 classe⁷¹: in questo caso, non si vede come l'aderente possa proporre impugnazione, senza munirsi di un difensore ed esporsi al rischio di vedersi imputate le spese del giudizio in caso di soccombenza⁷².

In ogni caso, va rilevato come gli aderenti debbano coltivare una profonda fiducia nelle capacità del proponente (e, in sostanza, dello studio legale che lo assiste⁷³), in quanto, ancorché privati della potere di incidere sulle sorti del

⁶⁸ Dovrebbe ipotizzarsi, infatti, che l'art. 140-bis autorizzi la parte a stare in giudizio senza il ministero di un difensore, atteso che l'aderente non è legato da alcun rapporto con l'avvocato del proponente.

⁶⁹ Art. 140-bis, comma XIV.

⁷⁰ Minor rilievo sembra potersi assegnare al divieto d'intervento di cui al comma 10 dell'art. 140-bis, atteso che la norma potrebbe interpretarsi nel senso di apprezzare gli aderenti quali parti necessarie, piuttosto che intervenienti.

Tali argomentazioni sembrano esser state clamorosamente smentite dalla prima sentenza di accoglimento dell'azione di classe, che, nel corpo della motivazione, ha ripetutamente qualificato gli aderenti in termini di interventori, senza peraltro peritarsi di spendere alcuna argomentazione in merito alla fondatezza di questa definizione (Tribunale di Napoli, sez. XII, 18.02.2013, n. 2195, in *Foro italiano*, 2013, 5, I, 1719). Tuttavia, è lecito immaginare che la terminologia impiegata non sia il frutto di una consapevole presa di posizione sul punto, quanto piuttosto la conseguenza dell'utilizzo improprio delle nozioni di carattere processuale e della difficoltà di emanciparsi dagli schemi tradizionali caratterizzanti il giudizio civile ordinario.

⁷¹ Così: I. PAGNI. *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 349.

⁷² Nel giudizio innanzi al Tribunale, non v'è dubbio che gli aderenti rimangono totalmente estranei al regolamento delle spese processuali (tra i tanti: M. BOVE. *Profili processuali dell'azione di classe*, in www.judicium.it).

⁷³ È condivisibile l'obiezione che "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" (P. FIORIO. *L'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, 1445).

giudizio⁷⁴, sono diretti destinatari degli esiti del medesimo, quantomeno nella misura in cui, partecipando all'azione di classe, rinunciano implicitamente, ai sensi del comma XIV, al diritto di attivare un'azione di carattere individuale⁷⁵.

Al contrario, invece, del giudicato favorevole i consumatori che non hanno partecipato al giudizio non potrebbero beneficiare, poiché *“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”*⁷⁶.

La totale impotenza dell'aderente, nel contesto dell'azione di classe esercitata anche nel suo interesse, non può che abbinarsi al diritto del medesimo di abbandonare il processo, senza alcun onere di motivazione e responsabilità nei confronti degli altri componenti della classe. A diversamente argomentare, infatti, l'aderente si troverebbe alla completa mercede delle scelte processuali adottate dall'attore⁷⁷, che, se fallimentari, condurrebbero alla definitiva perdita del diritto, non potendo, a seguito dell'intervento del giudicato sull'azione di classe, esperirsi azioni individuali ad opera degli aderenti (comma XIV).

Si è autorevolmente rappresentato, al riguardo, che *“è difficile negare che dopo l'adesione possa aversi anche una revoca della medesima, più o meno motivata con il modo in cui l'azione viene condotta dall'attore collettivo: in effetti*

⁷⁴ *“Uno spettatore muto del processo sul proprio diritto”* è stato brillantemente definito l'aderente (D. CANALE. *Il convitato di pietra ovvero l'aderente nell'azione di classe*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, 1304).

⁷⁵ Meritano di essere segnalati i seguenti contributi sulla posizione dell'aderente: A. GIUSSANI. *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis cod. cons.*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, 1227; G. OLIVIERI. *La class action in Italia. Il giudizio di ammissibilità, la camera di conciliazione e gli effetti del giudicato*, in *Giusto processo civile*, 2008, 1155.

⁷⁶ F. BUSBANI. *Commento alla legge 99 del 2009 sull'azione collettiva*, in *Rivista di diritto, dell'economia, dei trasporti e dell'ambiente*, 2010, 11.

⁷⁷ Si è sostenuto che gli unici limiti stabiliti dalla legge alla discrezionalità del proponente siano, a monte, l'obbligo di dare adeguata pubblicità all'azione di classe nelle forme stabilite dal Tribunale, nonché, a valle, l'impossibilità di stipulare contratti di transazione vincolanti per gli aderenti (M. DE CRISTOFARO. *L'azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 10, 1923).

*una volta che si è focalizzata l'esigenza di una libera scelta di aderire non si comprenderebbe come si possa chiudere la porta al mutamento di tale scelta e quindi alla revoca dell'azione stessa*⁷⁸.

I flebili poteri difensivi riconosciuti all'aderente, peraltro, potrebbero costituire la chiave di lettura della scelta per l'*opt-in*, effettuata dal legislatore italiano in distonia con i modelli stranieri⁷⁹: infatti, sarebbe stato oltremodo irragionevole estendere le conseguenze gravemente limitative correlate alla partecipazione alla *class action* nei confronti di tutti coloro i quali non abbiano esplicitamente manifestato il proprio dissenso.

In una simile evenienza, d'altro canto, sarebbero verosimilmente emersi vizi d'incostituzionalità, visto che la pretesa di condizionare l'esercizio del diritto d'azione a particolari oneri (come, appunto, l'esercizio al diritto dell'*opt-out*), funzionali a garantire esigenze diverse dagli interessi dello stesso attore appare in distonia con l'art. 24⁸⁰.

Va precisato, invece, che, se, dopo aver aderito all'azione di classe, il soggetto intraprende una azione individuale, non si avrà litispendenza in quanto, come più volte rappresentato, l'aderente non è una parte in senso tecnico, ma la domanda successiva sarà improcedibile o comunque infondata perché oggetto di rinuncia da parte di colui che la ha esercitata.

Tornando ai poteri assegnati all'aderente, sembra insostenibile un'interpretazione del testo normativo tanto restrittiva da escludere il potere di

⁷⁸ C. CONSOLO. *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dell'opt-in anziché quella danese dello opt-out e il filtro (L'inutile precauzione)*, in *Corriere Giuridico*, 2008, 5.

⁷⁹ Per una rassegna circa i vari modelli d'adesione, vedasi: O. FERACI. *Questioni internazionali privatistiche in tema di cross-border collective redress nello spazio giuridico europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, 3, 913; B. NASCIBENE. *L'interazione tra programmi di clemenza e azioni di risarcimento nel diritto antitrust comunitario: prospettive in tema di collective redress*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2012, II, 4, 731.

⁸⁰ La tendenziale illegittimità costituzionale delle norme che appesantiscono l'azione giudiziaria in ragione di interessi estranei al danneggiato medesimo è stata sottilmente affermata dalla giurisprudenza della Consulta relativa all'interpretazione dell'art. 145 del D.Lgs. 07.09.2005, n. 209, cd. Codice delle Assicurazioni Private (sentenza n. 111 del 03.05.2012, in *Giustizia civile*, 2012, 6, I, 1382; sentenza n. 73 del 28.05.2012, n. 73, in *Archivio della circolazione e dei sinistri*, 2012, 7-8, 646).

chiedere l'ammissione di mezzi istruttori a dimostrazione del proprio diritto di partecipare all'azione di classe e ad ottenere l'accoglimento delle chieste misure risarcitorie o restitutorie.

L'interpretazione volta a permettere l'adesione soltanto ai soggetti capaci di provare *per tabulas* la propria legittimazione e la sussistenza dei diritti rivendicati, infatti, appare marcatamente difforme dalla volontà del legislatore di favorire l'economia dei giudizi e l'accelerazione dei tempi processuali, definendo una sorta di *simultaneus processus* relativo a pretese omogenee, aggregate⁸¹ o isomorfe⁸² del proponente e degli aderenti.

Senza contare, peraltro, che anche l'attuale delimitazione del perimetro dei soggetti abilitati ad intervenire sembra contrastare con la Costituzione, poiché impedisce ai soggetti impossibilitati ad aderire all'azione di classe (perché, ad esempio, il danno a loro carico non si era ancora manifestato all'ultimo momento disponibile per l'adesione) di avvalersi della possibilità di tutelare i propri diritti mediante tale strumento.

Ciò sembra comportare un'irragionevole discriminazione fra coloro i quali sono rimasti danneggiati prima della scadenza del termine utile per l'adesione e coloro che hanno avuto la possibilità di prendervi parte, oltre che una limitazione del diritto di difesa⁸³.

Il tutto è aggravato dall'impossibilità, prevista del 14° comma, di promuovere una nuova azione di classe, dopo che, nella prima, una volta intervenuta la dichiarazione di ammissibilità, siano scaduti i termini per il deposito degli atti di adesione. Ne consegue che i componenti della classe

⁸¹ R. CAPONI. *Litisconsorzio aggregato. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, 819.

⁸² G. DE CRISTOFARO. *L'azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 1932.

⁸³ È bene sottolineare alcune conseguenze individuate dalla dottrina. Ad esempio, "l'incostituzionalità dell'art. 140-bis, nella parte in cui limita i benefici dell'azione di classe ai soli membri che abbiano avuto la possibilità di dar luogo ad un atto di adesione, la conseguente adesione del sistema di opt-out, delegittima il comma 14° 2 che stabilisce la permanenza dell'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva." (A. DONATI. *Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo*, in *Contratto e impresa*, 2010, 4/5, 26, 927).

possono esercitare pienamente il proprio diritto di difesa, avvalendosi di tutti i poteri sanciti dalla disciplina generale, soltanto qualora agiscano per primi. E ciò persino nell'ipotesi in cui il ritardo non dipenda da una loro colpevole inerzia⁸⁴.

Tra le tante critiche mosse a tale presunta disparità di trattamento, si sono registrate, tuttavia, soprattutto presso la dottrina costituzionalista, voci favorevoli alla scelta del legislatore di evitare la reiterazione delle azioni di classe e di comprimere i poteri processuali degli intervenienti.

Si tratterebbe, difatti, di una discriminazione priva di arbitrarietà perché rivolta a garantire l'efficienza del processo e comunque valori di ordine pubblico in relazione ai quali una piena parità di tutti i soggetti non potrebbe pretendersi. Si è, quindi, spiegato che:

“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

⁸⁴ Le più penetranti censure a tale regime normativo sono state espresse da A. RICCIO. *La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*, in *Contratti e impresa*, 2010, 1, 8. Esprime dubbi sul punto anche C. PUNZI. *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 2010, 257.

*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*⁸⁵.

L'Autore si cura di precisare, a tal proposito, come non sia affatto remota l'eventualità che, nei rapporti interni tra promotore e aderente possano intervenire delle pattuizioni che attribuiscono ad uno o più aderenti il potere di partecipare, magari in diversa misura, alla predisposizione della strategia difensiva, magari a fronte di una contribuzione degli stessi alle spese processuali, altrimenti gravanti sul solo proponente⁸⁶.

Le predette osservazioni, maggiormente inclini a giustificare, almeno sotto il profilo della legittimità costituzionale, l'impianto dell'art. 140-bis, sembrano trovare il proprio addentellato nell'insegnamento della Consulta, la quale sembra valutare con maggior elasticità le norme di carattere processuale, spiegando che *“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 procedimentali, 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”*⁸⁷.

È evidente, infatti, che la predisposizione di diversi rimedi giurisdizionali cozza con il principio di uguaglianza in misura ben più attenuata rispetto alla somministrazione ai consociati, in dosi diseguali, dei diritti sostanziali, in relazione ai quali disparità di trattamento sono ben più difficilmente giustificabili.

Nel caso di specie, poi, il *surplus* di tutela offerto al danneggiato che, per primo, esercita l'azione di classe, trae il proprio fondamento dalle – più volte richiamate – opportunità di proteggere interessi sovraindividuali, con particolare

⁸⁵ A. PACE. *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova class action*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 2011.

⁸⁶ A. PACE. *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova class action*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 2011.

⁸⁷ Corte Costituzionale, 10.05.2002, n. 179, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 1442.

riguardo a quelli legali alla competitività delle imprese ed alla creazione di un mercato fortemente concorrenziale⁸⁸.

Merita segnalare, poi, che l'adesione produce effetti anche per quanto concerne la prescrizione: infatti, mentre per l'attore il termine si interrompe con la notificazione dell'atto di citazione, per gli aderenti tanto avviene con il deposito dell'atto di adesione presso il Tribunale adito.

Nel silenzio della norma, occorre chiedersi, allora, che cosa avvenga allorché il giudizio si estingua dopo che il nuovo termine di prescrizione (che è iniziato a decorrere con il deposito) sia spirato e, più precisamente, se l'aderente possa esercitare l'azione individuale.

Ove si accedesse ad un'interpretazione restrittiva della previsione normativa, infatti, dovrebbe desumersi che l'estinzione del giudizio, ancorché indipendente dal contegno degli aderenti, rifletta i propri effetti anche verso questi ultimi, privandoli della possibilità di proporre una nuova iniziativa qualora il termine di prescrizione sia già spirato.

Non trova un supporto ermeneutico, infatti, il tentativo di apprezzare l'insorgenza dell'azione di classe quale evento sospensivo, idoneo ad impedire, sinché pende, il decorso del termine di prescrizione, stante la tassatività delle fattispecie di sospensione disegnate dagli artt. 2941 e 2942 c.c., insuscettibili, in quanto tali, di fondare un'interpretazione estensiva e/o analogica⁸⁹.

L'unica soluzione per evitare tale paradossale conseguenza sembra passare attraverso la inevitabile valorizzazione dell'ultimo comma dell'art. 140-bis, ai sensi del quale *“le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non*

⁸⁸ Si è precisato, quindi, che *“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”* (A. PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova class action*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 2011).

⁸⁹ La giurisprudenza sul punto è granitica. Tra le tante: Cassazione civile, sez. VI, 07.03.2012, n. 3584, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 3, 285; Cassazione civile, sez. lav., 27.06.2011, n. 14163, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 6, 962; Cassazione civile, sez. lav., 08.07.2009, n. 15991, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 7-8, 1061; Cassazione civile, sez. III, 04.06.2007, n. 12953, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 6.

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”, norma questa che ben potrebbe intendersi come comprensiva del diritto dell’aderente di esperire l’azione individuale, senza patire pregiudizi derivanti dalla prescrizione maturata a causa del giudizio di classe su cui non ha potuto incidere.

Naturalmente, allorché il ricorso a tale espediente si rivelasse giuridicamente impraticabile, ben difficilmente la norma in parola sopravviverebbe al vaglio di legittimità costituzionale.

Da ultimo, è opportuno spendere alcune considerazioni sul rapporto instaurato fra gli aderenti ed il proponente, ricondotta, a seconda delle interpretazioni, a schemi squisitamente negoziali ovvero, all’opposto, ad una matrice connotata da un’impronta profondamente pubblicistica.

Infatti, qualora si ponga l’accento sulla natura assolutamente elettiva che l’adesione assume nelle azioni di classe ispirate al modello del cd. *opt-in*, si tenderà a prospettare un rapporto contrattuale fra gli aderenti ed il proponente, accettando che i primi rinuncino a dei diritti, quale conseguenza del consenso liberamente espresso, e che i secondi siano responsabilizzati a fronte di decisioni e strategie processuali erronee o arbitrarie⁹⁰.

In quest’ottica, si è sostenuto, ad esempio, che il proponente, salvo patto contrario, sia tenuto ad esperire tutti i mezzi di impugnazione avverso la decisione sfavorevole, in quanto un’ipotetica acquiescenza si tradurrebbe nella disposizione di diritti (appartenenti agli aderenti) sui quali non vanta potere alcuno⁹¹.

⁹⁰ C. CONSOLO – B. ZUFFI. *L’azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, pag. 135. Padova, 2012.

⁹¹ R. CAPONI. *La riforma della class action. Il nuovo testo dell’art. 140-bis cod. cons. nell’emendamento governativo*, in www.judicium.it. Si pongono dei dubbi anche sull’obbligo del proponente di impugnare le sentenza che contrastino soltanto con la posizione di alcuni aderenti: la dottrina che si è cimentata sul punto spiega che, “*in tal caso peraltro è legittimo dubitare che l’aderente resti del tutto privo della possibilità di veder riconosciuto il proprio diritto pur ritenuto estraneo alle questioni comuni che perimetrano la classe. L’esclusione dalla classe, a fronte di una sentenza favorevole per quest’ultima, equivale a diniego del diritto per ragioni che non hanno a che vedere con ‘l’affidamento’ dell’aderente all’attore collettivo. Da un lato si potrebbe pertanto ritenere che una simile decisione valga, nei suoi confronti, quale mera sentenza di rito, inidonea a produrre effetti di giudicato sostanziale. Dall’altro lato, si potrebbe concludere che, in difetto di*

Più difficile, invece, è stabilire se il proponente possa prestare o deferire giuramento ovvero rendere confessione; atti, questi, che certamente implicano la disposizione del diritto controverso, ma – non di meno – non è affatto scontato che la soccombenza che ad essi consegue si rifletta anche sugli aderenti.

È vero, infatti, che il giudicato sfavorevole al proponente, anche se conseguito al positivo espletamento di una delle predette prove legale, ai sensi del comma 14°, fa stato anche nei confronti degli aderenti.

Tuttavia, interpretando estensivamente il comma 15° e, più nel dettaglio, parificando la confessione e/o il deferimento del giuramento, poi effettivamente prestato dall'impresa, alla rinuncia, ben potrebbe ritenersi che gli aderenti possano autonomamente esperire un giudizio individuale a tutela dei diritti cui il proponente ha sostanzialmente abdicato⁹².

Parimenti, si ritiene che la tipologia negoziale più adatta ad inquadrare l'atto di adesione sia il mandato, con la precisazione, però, che, nell'ipotesi, certamente rara, ma assolutamente possibile, che l'azione dell'attore ricevesse una sola adesione, si dovrebbe applicare la disciplina del mandato *in rem propriam* ex art. 1723, comma II, c.c., con conseguente irrevocabilità dell'incarico, salvo giusta causa o apposita pattuizione: infatti, in questa eventualità, la singola adesione del consumatore avrebbe permesso all'attore di esercitare l'azione di classe, piuttosto che una comune azione individuale⁹³.

Gli orientamenti che, di contro, accolgono una visione più marcatamente pubblicistica, invece, sono maggiormente propensi a rafforzare i poteri del Giudice che, nell'organizzazione del procedimento, sarebbe tenuto ad attribuire

impugnazione pro parte ad opera dell'attore collettivo, la scelta remissiva di questi possa essere parificata ad una rinuncia che "riapre" la possibilità di un'azione individuale" (M. DE CRISTOFARO. *L'azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 10, 1923B).

⁹² Sembra paventare questa possibilità: (M. DE CRISTOFARO. *L'azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 10, 1923B).
Altra soluzione potrebbe provenire dall'integrazione analogica dell'art. 1305 c.c. che esclude, in materia di solidarietà, gli effetti sfavorevoli del giuramento deferito o riferito o reso ai condebitore o al concreditore solidale.

⁹³ A. PACE. *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova class action*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 2011.

rilievo anche ai diritti ed agli interessi degli aderenti che il proponente si rivela inadeguato a proteggere adeguatamente.

A sostegno di tale impostazione, viene invocato il comma 11°, il quale, nel prescrivere che, “*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*”, sembra prevedere il potere/dovere del Tribunale di regolare lo svolgimento del processo secondo forme inusuali, anche in deroga all’ordinario principio dispositivo⁹⁴.

Senza contare, poi, che la possibilità di disciplinare nel modo che ritiene “*più opportuno l’istruzione probatoria*” sembra lasciar trasparire, appunto, la volontà di discostarsi dai modelli processuali tradizionali, piuttosto che una mera assonanza con i procedimenti cautelari.

In questo senso, potrebbe ipotizzarsi che mezzi istruttori compromettenti le ragioni dei componenti la classe siano dichiarati inammissibili dal Tribunale, proprio alla stregua della loro idoneità a ledere le ragioni del contraddittorio.

In altri termini, la sottrazione agli aderenti di qualsivoglia potere processuale potrebbe trovare il proprio contraltare in una maggiore discrezionalità del Giudice, che potrebbe esercitare i suoi poteri in via surrogata rispetto all’eventuale inerzia del proponente, nel rispetto – s’intende – dei doveri di imparzialità e di terzietà.

A questo riguardo, sarebbe stato apprezzabile se la legge avesse imposto al proponente di formulare, sin dall’atto di citazione, le proprie istanze istruttorie, così da poter valorizzare eventuali lacunosità o errori ai fini della valutazione circa la capacità del medesimo di rappresentare l’intera classe.

Insistendo sul punto, ben può dirsi come le descritte concezioni dell’azione di classe si differenzino soprattutto in relazione alla sanzione di eventuali negligenze perpetrate dal proponente ai danni degli aderenti, che, secondo la

⁹⁴ Un’accurata disamina di questa impostazione, nutrita da richiami agli ordinamenti stranieri, è offerta da R. DONZELLI. *L’azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative*, in *Corriere Giuridico*, 2013, 1, 103.

visione eminentemente privatistica, troverebbero rimedio nelle ordinarie azioni di responsabilità, senza alcuna possibilità di una preventiva tutela endoprocessuale, mentre, secondo le correnti pubblicistiche, dovrebbero essere scongiurate dall'esercizio dei poteri di regolare il processo che l'art. 140-bis attribuisce al Tribunale in misura ben più accentuata rispetto al processo ordinario.

Naturalmente, qualunque interpretazione non potrà spingersi sino al punto da violare, da un lato, la discrezionalità del legale nella valutazione circa l'opportunità delle varie scelte processuali, nonché, dall'altro, il supremo dovere di imparzialità del Giudice.

Da ultimo, va sottolineato come il consumatore, unitamente all'atto di adesione, possa conferire al proponente o all'associazione che agisce in suo nome il potere di transigere, senza potersi sottrarre successivamente alle transazioni eventualmente intervenute.

Infatti, il 15° comma dell'art. 140-bis, nel disporre che *“le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito”*, non esclude affatto che tale consenso possa essere anteriormente prestato.

Si è comunque obiettato, a tal riguardo, che *“la disciplina introdotta per le rinunce e le transazioni intervenute nella pendenza della lite di classe tra l'associazione/comitato e l'impresa è piuttosto scabra: essa implica una procura speciale con riguardo al potere di transigere o rinunciare all'azione, ma non chiarisce se tale procura possa essere già contenuta nel mandato iniziale o debba essere rilasciata dai singoli consumatori/utenti solo dopo aver conosciuto i contenuti della proposta transattiva. In generale la disposizione induce ad interrogarsi su se e come possano i consumatori/utenti ritirare la loro adesione; se possano transigere o rinunciare in via autonoma e se ciò comporti la revoca dell'adesione”*⁹⁵.

⁹⁵ C. CONSOLO. *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Il Corriere Giuridico*, 2009, 10, 1299.

Parimenti, appare ragionevole pronosticare che gli enti esponenziali che esercitino l'azione, prima di procedere giudizialmente, raccolgano il preventivo consenso dei possibili aderenti alla composizione bonaria della controversia secondo condizioni predefinite, allo scopo di evitare l'inevitabile discredito derivante dalla mancata adesione degli aderenti alle proposte transattive da essa stessa proposte nel corso del giudizio.

Di converso, potrebbe presentarsi il rischio che l'impresa, allo scopo di sventare i rischi e le spese correlate alla sopportazione dell'azione di classe contro di essa proposta, possa concedere all'attore una transazione a condizioni privilegiate, escludendo gli aderenti dalla possibilità di beneficiare degli effetti positivi, anche senza necessità di inserimento di una apposita clausola negoziale.

Una simile previsione negoziale, infatti, sembrerebbe rientrare nell'ambito dell'autonomia negoziale se, anche con riguardo all'obbligazione solidale, la Cassazione ha avuto modo di affermare che *“è legittimo nella transazione tra il creditore e uno o più coobbligati l'inserimento di una clausola che escluda la possibilità per gli altri condebitori estranei, che non abbiano partecipato alla transazione, di profittare della stessa. Infatti, per il principio dell'autonomia negoziale, è consentito alle parti di stabilire liberamente il contenuto del negozio, anche eventualmente alterandone gli effetti tipici”*⁹⁶.

Rimarrebbe soltanto l'ipotesi di prospettare una nullità di siffatta pattuizione per contrarietà all'ordine pubblico *ex art.* 1418 c.c., asserendo che, attraverso simile espediente, la parte abbia beneficiato dei vantaggi offerti dall'azione di classe, per poi tradire gli obiettivi, cioè la tutela dei consumatori, per i quali tale azione viene accordata dall'ordinamento.

In verità, però, il più volte menzionato spirito privatistico ed individualistico che accompagna l'azione in questione sembra impedire di

⁹⁶ Cassazione civile, sez. I, 24 aprile 2007, n. 9901, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, 5, II, 997.

configurare, in capo all'attore, obblighi di solidarietà e, a maggior ragione, di sanzionarne la violazione con declaratorie di nullità.

4. LE POSSIBILI RIPERCUSSIONI SUGLI ADERENTI DELLE VICENDE RELATIVE AL RAPPORTO FRA ATTORE ED ENTE ESPONENZIALE.

Analizzate la natura giuridica dell'azione di classe e dell'atto d'adesione, appare doveroso indagare i rapporti fra le medesime, ossia, più precisamente, determinare in che modo le vicende inerenti il rapporto fra l'attore e l'associazione/comitato cui è stato conferito l'incarico possano interferire sulle situazioni giuridiche degli aderenti, e viceversa.

Segnatamente, dovremo chiederci se l'ente esponenziale, anche a seguito della revoca dell'incarico da parte dell'attore, possa proseguire l'azione nell'interesse degli aderenti e, in caso di risposta affermativa, se questi ultimi dispongano degli strumenti giuridici per imporre la continuazione del giudizio.

Si noti, infatti, che il rapporto fra associazione e proponente è espressamente qualificato in termini di mandato, sebbene senza ulteriori precisazioni, mentre nulla si accenna in merito alle relazioni intercorrenti fra gli aderenti, da un lato, ed il proponente e gli enti rappresentativi, dall'altro.

Si è già accennato alla – non remota – possibilità di ascrivere la relazione fra proponente ed associazione/comitato alla categoria negoziale del mandato nell'interesse del terzo (cd. *in rem propriam*), dotato del carattere dell'irrevocabilità, *ex art. 1723, comma II, c.c.*

Infatti, gli aderenti, in caso di accertamento della responsabilità dell'impresa, beneficiano del giudicato favorevole, i cui effetti, dunque, si riverberano anche nei loro confronti, nonostante non abbiano preso parte al processo, quantomeno tecnicamente, e non si siano nemmeno avvalsi del patrocinio di un difensore (astenendosi, pertanto, dal sostenimento dei relativi costi).

Sulla base di queste premesse, sembrerebbe difficilmente contestabile l'assunto secondo cui, a seguito della revoca del mandato, l'ente rappresentativo possa proseguire il processo allo scopo di ottenere una sentenza favorevole agli

interessi dell'aderente, che – si ripete – rivestirebbero il ruolo di terzi beneficiari dell'originario contratto di mandato.

Diversamente, parrebbe difficile che associazioni e comitati, in assenza di forme di finanziamento pubblico, ad oggi non contemplato, si facciano frequenti promotori di iniziative giudiziarie che, oltre ad essere complicate e particolarmente dispendiose, si caratterizzerebbero per un'elevata instabilità e per il pericolo di dover assistere passivamente ad opportunistiche transazioni ed al conseguente abbandono del giudizio a condizioni non favorevoli ai consumatori danneggiati, con conseguente pregiudizio per la propria immagine pubblica⁹⁷.

Va detto, comunque, che, da un punto di vista pratico, l'estinzione del processo potrebbe essere garantita dalla cessione, anche a titolo gratuito, del diritto vantato dal proponente ad uno degli aderenti, il quale, ai sensi dell'art. 111, comma III c.p.c., potrebbe intervenire nel processo, al contempo chiedendo l'estromissione dell'attore/alienante, estromissione che, però, potrebbe trovare un ostacolo nel dissenso, magari meramente strumentale, opposto dall'impresa.

Ciò che, in verità, appare più problematico è il riconoscimento, in capo al ceto degli aderenti, del potere di obbligare l'organizzazione esponenziale a coltivare l'azione, problema, questo, piuttosto critico e delicato, in quanto, allorché tale potere non fosse riconosciuto, l'azione di classe verrebbe privata del significato suo proprio, ovvero sia di moltiplicatore di azioni individuali che, singolarmente prese, difficilmente sarebbero esercitate in ragione della loro esigua consistenza economica. L'impresa più scaltra potrebbe costituire un "sindacato giallo", cui far esercitare l'azione e poi rinunciarvi ovvero transigere ad un valore estremamente favorevole con l'attore, escludendo gli aderenti dal negozio stipulato, ed impedendo, al contempo, la proposizione di una nuova *class action*.

⁹⁷ P. FIORIO. *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in www.ilcaso.it,

Per scongiurare siffatti espedienti, non prevedendo l'art. 140-*bis* alcuno specifico rimedio, sembra inevitabile il tentativo di ricorrere alle categorie generali di diritto privato, di cui si dovrà vagliare l'applicabilità al caso concreto.

In questo senso, pare ragionevole ipotizzare che la salvaguardia della posizione degli aderenti possa fondarsi:

- A. o sull'attribuzione al mandato revocato di un'ultraefficacia (o ultraattività);
- B. o sull'impiego del modello della *negotiorum gestio ex artt. 2028-2032 c.c.*;
- C. ovvero sulla configurazione di un mandato in favore di un terzo, figura normativamente diversa rispetto al mandato *in rem propriam ex art. 1723, comma II, c.c.*.

A. Sulla ultrattività del mandato.

La prima proposta sembra trovare conforto in alcune pronunce giurisprudenziali, ove, proprio con riguardo al più volte menzionato mandato *in rem propriam ex art. 1723, comma II, c.c.*, si è specificato che, “*sebbene il mandatario, nei rapporti con il mandante che abbia revocato l'incarico, non può ritenersi obbligato a compiere l'attività commessagli, nulla impedisce che permanga nei confronti dei terzi e a carico del mandatario un'obbligazione di compiere un'attività gestoria, con piena efficacia della stessa. Il permanere in capo al mandatario del potere (ma non più obbligo nei confronti del mandante) di dare esecuzione al mandato revocato, si traduce, come sottolineato in dottrina, nella cd. ultrattività del mandato medesimo e cioè la insensibilità agli eventi estintivi come la revoca o la morte del mandante*”⁹⁸.

Si riprende, con il predetto arresto, un principio di diritto già predicato dalla Suprema Corte in materia di rapporti bancari, nel contesto dei quali si sosteneva che la revoca dell'ordine di bonifico o di pagamento in favore di un

⁹⁸ Tribunale di Monza, 16.10.2003, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, 3, 672, con commento di D. SIMEOLI, *Nota a Tribunale di Monza del 18 luglio 2006*.

terzo da parte del correntista di una banca non sottraesse a quest'ultima il potere/dovere di completare l'esecuzione dell'incarico, trattandosi, appunto, di un mandato conferito (anche) nell'interesse dell'*accipiens*, il quale, in difetto di pagamento, avrebbe potuto rivolgere addebiti di responsabilità – non solo nei confronti del proprio debitore, ma anche – verso l'Istituto di credito⁹⁹.

La revoca del mandato, a seguire tale impostazione, scinderebbe la posizione del mandante da quella dei terzi beneficiari, giacché il primo perderebbe ogni interesse alle sorti del rapporto (e, quindi, non potrebbe più incidere sulle sorti del medesimo), mentre i secondi manterrebbero il diritto alla protezione ed alla conservazione delle situazioni insorte anteriormente a tale revoca, come, appunto, nei casi summenzionati, l'affidamento circa la ricezione del pagamento.

B. Sulla gestione di affari altrui.

La seconda suggestione si riconduce, come testé rammentato, dalla figura della gestione di affari altrui, da apprezzarsi, ai sensi dell'art. 1173 c.c., quale atto giuridico, diverso sia dal contratto, che dal fatto illecito, idoneo a determinare l'insorgenza dell'obbligazione. Ove tale fattispecie fosse compatibile con la tematica in parola si riuscirebbe a permettere la costituzione di un rapporto obbligatorio fra soggetti formalmente estranei fra di loro, senza passare per le forche caudine della responsabilità da contatto sociale.

Si noti, infatti, che, a mente dell'art. 2028 c.c. *“chi, senza esservi obbligato, assume scientemente la gestione di un affare altrui, è tenuto a continuarla e a condurla a termine finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso.”*

Secondo l'interpretazione di una più che consolidata giurisprudenza, *“l'elemento caratterizzante della gestione d'affari consiste nella spontaneità dell'intervento del gestore nella sfera giuridica altrui, in assenza di qualsiasi vincolo negoziale o legale. Tale requisito si rinviene non solo quando l'interessato sia nella materiale impossibilità di provvedere alla cura dei propri affari ma*

⁹⁹ Cassazione civile, sez. I, 05.03.1980, n. 1483, in *Giustizia civile*, 1980, I, 1294.

*anche quando lo stesso non rifiuti, espressamente o tacitamente, tale ingerenza da parte del negotiorum gestor*¹⁰⁰.

La sussistenza di altri rapporti giuridici fra le parti si pone in rapporto di assoluta incompatibilità con l'istituto in questione, che, presentandosi come una sorte di rimedio estremo contro le manifeste ingiustizie create dalla formalistica applicazione delle norme sulle obbligazioni in generali, postula, perlomeno, *“l'assenza di ogni rapporto contrattuale con l'interessato”*¹⁰¹.

Peraltro, si è precisato che non può darsi l'ipotesi di una gestione di affari altrui anche qualora i doveri del gerente nei confronti del gerito non discendano da un contratto a cui entrambi hanno preso parte, come avviene nel contratto in favore del terzo, ove, ad esempio, il gerente ha svolto il ruolo di stipulante ed il gerito rappresenta il terzo beneficiario¹⁰².

Alla luce di tali astratte puntualizzazioni, pare che la sola proposizione dell'azione di classe non sia idonea a giustificare l'insorgenza in capo all'ente esponenziale di un'obbligazione per gestione di affare altrui, in quanto quest'ultimo ha agito allo scopo di adempiere gli obblighi nascenti dal rapporto di mandato con il proponente, senza che possa rinvenirsi, pertanto, alcun profilo di spontaneità in capo all'azione intentata.

¹⁰⁰ Cassazione civile, sez. II, 09.04.2008, n. 9269, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 4, 554.

¹⁰¹ Cassazione civile, sez. I, 05.12.2003, n. 18626, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 12. In termini ancor più incisivi, la giurisprudenza di merito ha confermato che *“l'elemento che differenzia la gestione di affari dalle altre ipotesi di attività per conto terzi si caratterizza per la spontaneità dell'attività compiuta in favore dell'interessato e per la cd. ‘absentia domini’, consistente nella mancanza di qualsiasi rapporto giuridico in forza del quale il gestore è costretto ad intervenire.”* (Corte di Appello di Bologna, sez. I, 29.10.2002, in *Redazione Giuffrè*, 2004).

¹⁰² Così, autorevole dottrina, secondo cui *“La disciplina dell'istituto di cui si tratta è senz'altro inapplicabile quando il soggetto agente abbia agito in adempimento di un contratto stipulato con un terzo a favore del soggetto gerito, perché in tal caso quest'ultimo è creditore della prestazione (art. 1411, comma 2°, c.c.)”* (P. SIRENA. *La gestione di affari altrui, ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del profitto*, pagg. 169-170. Milano, 2000. Ed. Giappichelli). Parimenti, si è rappresentato che Ai fini della piena operatività degli artt. 2028-2032 c.c., *“il gestore non deve essere tenuto, né per legge (ad es. il padre che amministra i beni del figlio nato o nascituro) né per contratto (ad es. il mandatario che conclude uno o più atti giuridici per conto del mandante), alla cura dell'affare altrui, trovando tale principio spiegazione nella stessa ratio dell'istituto, sorto per regolare rapporti che non potevano essere regolati in altro modo che dalla spontanea iniziativa di un soggetto.”* (C. TOMASSETTI. *La rappresentanza*, pag. 192. Milano, 2005. Ed. UTET).

Tuttavia, qualora, nonostante la revoca dell'incarico (e, quindi, in assenza di qualsivoglia obbligazione in tal senso), l'ente prosegua l'azione, potrebbe dirsi integrata la gerenza, secondo la definizione accolta dall'art. 2028 c.c., e sorgere – ma soltanto in questo momento – l'obbligo di proseguire l'attività processuale fino al conseguimento di una sentenza d'accoglimento o, comunque, sino all'esaurimento dei mezzi di impugnazione contro la decisione sfavorevole.

In questo frangente, infatti, potrebbe considerarsi sussistente anche l'impossibilità per l'aderente di curare adeguatamente il proprio interesse, poiché la legge impedisce l'esercizio di una nuova *class action* dopo l'estinzione o la chiusura anticipata della prima. In sostanza, l'incapacità del gerito (l'aderente), che giustifica l'intervento del gerente (ente esponenziale), si traduce nell'impossibilità giuridica di esperire l'azione giudiziale più conveniente per la riparazione degli illeciti seriali: naturalmente, è facile obiettare, a fronte di tale ricostruzione, che la proposizione della domanda individuale può permettere la realizzazione dei medesimi effetti, ancorché a condizioni più gravose (anticipazione delle spese legali, maggiore lunghezza del giudizio, etc...).

Ove, però, si ammetta un'interpretazione attenuata del requisito dell'incapacità, risulterà non così complicato prospettare l'assunzione, da parte dell'ente, degli obblighi corrispondenti a quelli nascenti dal contratto di mandato, alla stregua di quanto disposto dall'art. 2030 c.c., secondo cui *“il gestore è soggetto alle stesse obbligazioni che deriverebbero da un mandato.”*

Tanto sembra ricevere l'avallo di illustre dottrina che, nel perorare un'interpretazione elastica dei presupposti condizionanti la *negotiorum gestio*, spiega che *“se il gestore si attivasse per adempiere ad una obbligazione si potrebbe profilare un rapporto di mandato tra il gestore stesso e l'interessato, ferma rimanendo la figura della gestione di affari altrui allorquando il mandatario ecceda i limiti fissati dal mandato e, ovviamente, ricorrano tutti gli altri presupposti”*¹⁰³.

¹⁰³ C.M. BIANCA. *Diritto civile III. Il contratto*, pag. 147. Milano, 2000. Ed. Giuffrè, II edizione.

Si sostiene, dunque, con apprezzamento estremamente importante ai fini di cui si discute, che le obbligazioni derivanti dalla gestione di affari altrui possono sorgere anche in capo al mandatario, essendo ammissibile “*la contemporanea esistenza, nella stessa persona, della veste di gestore e di mandatario, naturalmente non rispetto allo stesso affare, ma ad affari diversi. Il mandatario che tratta negozi eccedendo i limiti del mandato, e non in dipendenza di questo, può, quando abbia l'intenzione di gerire un affare altrui, essere considerato come gestore, né pare osti a questa conclusione il disposto dell'art. 1711 c.c., il quale implica che eccede i limiti del mandato sia in relazione con questo*”¹⁰⁴.

C. Sul mandato a favore di terzi.

Altra possibile ricostruzione ermeneutica è quella di configurare il mandato conferito dal proponente all'associazione come mandato a favore di terzi, contratto atipico apprezzato come valido dalla giurisprudenza e mantenuto distinto dal mandato irrevocabile nell'interesse del terzo, disciplinato dall'art. 1723, secondo comma, c.c.

La differenza fra le due fattispecie negoziali è illustrata dalla giurisprudenza in questi termini: “*il mandato irrevocabile nell'interesse del terzo, di cui all'art. 1723 comma 2 c.c. – il quale concreta un contratto bilaterale e sinallagmatico, in cui il terzo, che ne è estraneo, non ha azione diretta contro le parti contraenti per la mancata realizzazione del suo interesse – si distingue dal mandato irrevocabile a favore di terzo, nel quale è inserita una clausola, o patto d'obbligo, in base alla quale il terzo è titolare del diritto soggettivo all'adempimento di tale obbligo, nei confronti del soggetto o dei soggetti obbligati*”¹⁰⁵.

¹⁰⁴ L. ARU. *Della gestione di affari*, pag. 212, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile. Libro quarto. Artt. 1922-2059*. Bologna, 1957. Ed Giappichelli.

¹⁰⁵ Cassazione civile, sez. III, 29.07.1995, n. 8343, in *Giustizia civile*, 1996, I, 122, in cui la Suprema Corte, in applicazione dell'enunciato principio di diritto, ha cassato la sentenza del giudice di merito il quale, pur avendo, con poteri incensurabili in sede di legittimità, qualificato il rapporto giuridico intervenuto tra le parti come mandato irrevocabile ex art. 1723 c.c., aveva accolto l'azione del terzo contro il mandatario, applicando così, a tale fattispecie tipica, la disciplina di cui all'art. 1411 c.c., appartenente, invece, al rapporto giuridico misto o complesso denominato mandato irrevocabile a favore del terzo.

Trasferendo l'insegnamento in parola alla peculiare fattispecie in esame, appare ragionevole pensare che la clausola o patto d'obbligo, anche se non formalizzata espressamente, sia insita nella natura e nella struttura stesa dell'azione di classe, in ragione della quale l'ente esponenziale e il proponente hanno stipulato il contratto di mandato.

Così, gli atti di adesione si configurerebbero come dichiarazioni dei consumatori e degli utenti di voler profittare del contratto concluso in loro favore, idonee a rendere irrevocabile la stipulazione *ex art. 1411, comma II, c.c.*¹⁰⁶.

Tuttavia, anche a seguito della dichiarazione di intenti, gli aderenti non divengono affatto delle vere e proprie parti processuali, né assumono la titolarità del rapporto giuridico sostanziale, in quanto *“nei contratti a favore di terzi (nella specie: contratto di assicurazione fideiussoria) il terzo non è parte né in senso sostanziale, né in senso formale e si limita a ricevere gli effetti di un rapporto già costituito ed operante, sicché la sua adesione si configura quale mera “condicio iuris” sospensiva dell’acquisizione del diritto (rilevabile per facta concludentia restando la dichiarazione del terzo di voler profittare del contratto necessaria soltanto per renderlo irrevocabile ed immodificabile (art. 1411 comma 3 c.c.)”*¹⁰⁷.

In termini ancor più incisivi, sempre con riguardo alla formale estraneità del terzo beneficiario al mandato stipulato in suo favore, si è esplicitato che il ruolo che egli viene a rivestire nell'economia della vicenda attributiva concerne solo ed esclusivamente l'assunzione di una posizione creditoria nei confronti della prestazione dedotta, nel contratto di mandato, da promettente e stipulante; posizione che si mantiene, dunque, su un piano meramente obbligatorio, e non giunge mai a porsi in rapporto contrattuale con alcuna delle parti del contratto

¹⁰⁶ La dichiarazione di volerne profittare da parte del terzo in favore del quale il contratto è stato concluso può essere manifestata anche *per facta concludentia* (*ex multis*: Cassazione civile, sez. III, 26.04.1995, n. 4620, in *Giurisprudenza italiana*, 1997, I, 1, 1002).

¹⁰⁷ Cassazione civile, sez. III, 24.12.1992, n. 13661, in *Vita notarile*, 1993, 769; in senso conforme cfr. anche: Cassazione civile, sez. I, 04.02.1988, n. 1136, in *Giust. civ. Mass.*, 1988, 2.

originario, come, al contrario, sarebbe inevitabile ove la sua dichiarazione si inserisse nello schema causale dell'operazione¹⁰⁸.

Tale ricostruzione si presenta, almeno apparentemente, piuttosto solida, visto che il mandato, inteso nei termini suesposti, corrisponderebbe certamente ad un sicuro interesse dello stipulante, mentre l'indeterminatezza dei soggetti beneficiari sarebbe evitata grazie al requisito dell'omogeneità dei diritti fatti valere che deve necessariamente assistere la classe.

Ancora una volta, è conveniente riportare la sapiente elaborazione del Supremo Collegio, secondo cui *“il contratto preliminare può essere stipulato a favore di un terzo anche se non è determinato ma solo determinabile il terzo beneficiario...Si richiede cioè il requisito della determinabilità del terzo, requisito che deve ritenersi sufficiente anche per quel che riguarda la natura del contratto che il promittente si obblighi di concludere, essendo possibile che la specificazione di esso avvenga in un momento posteriore a quello della stipulazione a favore del terzo”*¹⁰⁹.

A ciò si aggiunge che la disciplina sul mandato assegna al mandatario il dovere – prima che il diritto – di agire autonomamente nel compimento di atti giuridici per i quali non sia possibile la preventiva acquisizione della volontà del mandante.

Si fa riferimento, in special modo, all'art. 1711, comma II, c.c., che permette al mandatario di discostarsi dalle istruzioni ricevute qualora circostanze ignote al mandante, e tali che non possano essergli comunicate in tempo, facciano

¹⁰⁸ E. CALICETI. *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*, pag. 25. Padova, 1994. Ed. Cedam. Occorre puntualizzare come la dichiarazione di volerne profittare vada comunque tenuta distinta dalla ratifica del contratto concluso dal *falsus procurator*, ex art. 1399 c.c., *“dove il dominus si appropria degli effetti contrattuali assumendo la qualità di parte del contratto.”* (G. LO SCHIAVO – A. MARRESE. *Il contratto a favore di terzi*, pag. 21. Milano, 2003. GIUFFRÉ EDITORE).

¹⁰⁹ Cassazione civile, sez. II, 09.07.1997, n. 6206, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1998, I, 482. Sul punto, in dottrina si specifica, inoltre, che *“diverso è il caso dell'inesistenza del terzo, essendo da questo punto di vista ovvio che egli possa essere anche solo individuale, cioè determinabile, tanto più in quanto siano fissati i criteri per la sua successiva determinazione, se addirittura lo stipulante può riservarsi di esercitare il potere di individuarlo in un momento successivo.”* (F. GAZZONI. *Il contratto preliminare*, pag. 70. G. Giappicchelli Editore. Torino, 1998.).

ragionevolmente ritenere che lo stesso mandante avrebbe manifestato la sua approvazione ove ne fosse stato a conoscenza. Alla stregua di tale norma una non certo risalente giurisprudenza, intervenuta sul rapporto di mandato fra banca e cliente, è giunta a statuire che *“l’ordine di borsa per l’acquisto di azioni nella forma del contratto a premio semplice, denominato dont (contratto che conferisce all’acquirente la facoltà di scegliere, entro un determinato termine di scadenza, fra il ritiro dei titoli acquistati, dietro pagamento del prezzo maggiorato del premio, o il recesso dall’acquisto di detti titoli con abbandono del premio), determina per chi lo riceve – quale che si ritenga essere la natura dell’ordine di borsa, e anche se si dubiti trattarsi di un vero e proprio mandato all’acquisto – un dovere di esecuzione connotato da obblighi di diligenza, la quale si riferisce anche all’esercizio della facoltà di scelta sopra richiamata, e di rispetto dei principi di correttezza e buona fede, che presidiano ogni tipo di esecuzione contrattuale e che, in ogni ipotesi di gestione di affari altrui, sono caratterizzati dalla diligenza richiesta in tema di mandato dagli art. 1710 ss. c.c.; ne consegue che ai medesimi principi si ricollega anche l’obbligo, specificatamente previsto dal comma 2 dell’art. 1711 c.c., di discostarsi dalle istruzioni ricevute (ancorché eventualmente queste siano rigide e specifiche) solo quando si profilino circostanze nuove, che non sia possibile comunicare al mandante in tempo utile, ma in presenza delle quali sia ragionevole presumere l’approvazione del medesimo mandante”*¹¹⁰.

In assenza di uno specifico divieto frapposto dal proponente, quindi, la mancata determinazione, nel contratto di mandato, del dovere di proseguire l’azione a tutela delle ragioni degli aderenti, non sembra ostare alla ricostruzione, in via interpretativa, di tale dovere, anche avvalendosi, appunto, dei poteri sanciti dall’art. 1711 c.c..

Un correttivo a siffatta impostazione potrebbe compiersi mediante la configurazione, nel caso di specie, di un contratto misto, caratterizzato dalla

¹¹⁰ Cassazione civile, sez. I, 20.12.2005, n. 28260, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 12.

assunzione, da parte dell'ente esponenziale, dell'obbligazione di concludere un contratto (di mandato) con gli utenti o consumatori portatori di un diritto omogeneo, contratto che dovrebbe considerarsi concluso a seguito del deposito degli atti d'adesione.

In questo senso, si potrebbe ipotizzare che l'estinzione dell'originario mandato, cagionata dalla revoca, non travolga il diritto degli aderenti ad ottenere l'adempimento delle ulteriori obbligazioni dedotte nel contratto, come, appunto, il dovere dell'ente di coltivare la domanda sino ad un esito favorevole per la classe o la formazione della cosa giudicata.

Un'argomentazione testuale a favore di questa ricostruzione potrebbe provenire dall'art. 140-*bis*, comma IX, b), il quale prevede che gli atti di adesione possano essere depositati anche a mezzo dell'attore, il quale, attraverso il compimento di tale formalità, provvederebbe all'indicazione delle parti del contratto definitivo, in questo modo concluso.

Si tratterebbe, quindi, di disegnare il rapporto fra il proponente e gli aderenti, nel senso che il primo, dopo aver stipulato con l'ente un preliminare in favore di terzi, provvede, mediante il deposito dell'atto di adesione (o comunque tramite la predisposizione di adeguate forme di pubblicità), alla determinazione dei soggetti designati quali parti del contratto definitivo.

Sul punto, appare importante sottolineare come la giurisprudenza formatasi sull'interpretazione del preliminare in favore di terzi, inteso in termini generali, sia giunta a statuizioni confortanti tali tesi, ad esempio, quando ha affermato che:

- a) qualunque obbligazione può essere dedotta in tale fattispecie contrattuale, in quanto, *“stante il carattere generale del riconoscimento che l'art. 1411 c.c. ha dato del contratto a favore di terzo, la prestazione a vantaggio del terzo può essere riferita alle varie situazioni consistenti in un dare, in un 'facere' ovvero in un 'non facere', sicché, per la diversità di contenuto che può assumere*

l'obbligazione del promittente nei confronti dello stipulante ed a favore del terzo, si ritiene ammissibile il preliminare a favore di un terzo, consistente in una particolare forma di 'facere', che si realizza con la prestazione di consenso alla stipulazione del futuro negozio traslativo della proprietà"¹¹¹;

- b) la compatibilità del dovere di designazione con la fattispecie in questione, ritenuta diversa rispetto al contratto per persona da nominare. Così, *"in caso di contratto preliminare di vendita, in cui il promissario si è riservato la facoltà di nominare altra persona come acquirente in sede di stipulazione del contratto definitivo, non è configurabile un contratto per persona da nominare. È configurabile, invece, un contratto preliminare a favore di terzo, in virtù della facoltà di designazione concessa al promissario, da esercitarsi solo al momento della stipulazione del contratto definitivo e dell'attribuzione al terzo del diritto (e non anche dell'obbligo) alla stipulazione del contratto definitivo nei confronti del promittente"*¹¹².

Con riferimento al profilo *sub b)*, va precisato che la morfologia della *class action* risulta incompatibile con il contratto per persona da nominare, atteso che quest'ultimo, in caso di mancata designazione, prevede l'imputazione al contraente originario di tutti gli effetti del contratto, mentre, nel caso di specie, ciò non potrebbe avvenire perché l'azione collettiva degraderebbe ad azione individuale

Secondo la dottrina che ha illustrato la fattispecie contrattuale del preliminare a favore di terzo, infatti, *"si configura un contratto preliminare a favore di terzo laddove fra promittente e stipulante si convenga la conclusione di un determinato contratto con la clausola che il diritto alla stipulazione del definitivo (che rappresenta l'oggetto immediato del preliminare) sia pattuito a*

¹¹¹ Cassazione civile, sez. III, 01.12.2003, n. 18321, in *Rivista del Notariato*, 2004, 1228.

¹¹² Corte di Appello di Cagliari, 06.06.1997, in *Rivista Giuridica Sarda*, 1998, 46.

favore di un terzo, con la conseguenza che, per effetto del detto preliminare, quest'ultimo acquisterebbe il diritto al contratto nei confronti del promittente"¹¹³.

Non si verifica quindi una novazione soggettiva delle parti contrattuali, ma si genera soltanto un diritto a favore di un soggetto del tutto estraneo al preliminare, ma che, a seguito della designazione, acquisisce, a tutti gli effetti, la qualità di parte contrattuale.

Infatti, se all'acquisizione di un diritto si sommasse l'insorgenza di un dovere verrebbe violata la libertà contrattuale, *ex art. 1372, comma II, c.c.*

Insigne dottrina espone al riguardo: "*ci si è chiesti se la disciplina dell'art. 1411 c.c. e seguenti sia di per sé compatibile con l'obbligo nascente dal contratto preliminare a carico di entrambe le parti di stipulare il contratto definitivo, sostenendosi che il contratto preliminare sia in effetti di per sé inconciliabile con la clausola a favore di terzo, dato che, anche laddove il preliminare abbia natura unilaterale, esso attribuirebbe al terzo una posizione contrattuale piena, comprensiva cioè di situazioni attive e passive, come tali strutturalmente incompatibili con la rigorosa conformazione della posizione del terzo*"¹¹⁴.

Occorre domandarsi, infine se, nell'ipotesi in cui non possa ritenersi che gli aderenti acquisiscano immediatamente dei diritti a seguito dell'adesione (e, di converso, che l'adesione non perfezioni il contratto definitivo)¹¹⁵, gli stessi possano comunque obbligare l'organizzazione rappresentativa a stipulare un nuovo contratto di mandato, in forza del quale proseguire l'azione di classe.

Infatti, se il mandato conferito tra il proponente e l'associazione/comitato contenesse un obbligo a contrarre, si potrebbe comunque sostenere che,

¹¹³ G. LO SCHIAVO, A. MARRESE. *Il contratto a favore di terzi*, pag. 148. Milano, 2003. GIUFFRÉ EDITORE.

¹¹⁴ G. LO SCHIAVO, A. MARRESE. *Il contratto a favore di terzi*, pag. 149. Milano, 2003. GIUFFRÉ EDITORE.

¹¹⁵ Ma, in tal caso, si tratterebbe di una deroga rispetto all'ordinario contratto in favore di terzo che sancisce l'acquisizione dei diritti da parte di quest'ultimo per effetto della sola stipulazione, avendo la dichiarazione di volerne profittare il solo effetto di rendere irrevocabile ed immodificabile l'accordo intervenuto fra stipulante e promittente.

successivamente alla revoca, potrebbe esigersi l'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*.

Simile prospettiva parrebbe consonante alla natura del preliminare in favore del terzo, se è vero che, *“in caso di inadempimento del contratto da parte del promittente, oltre alle azioni contrattuali spettanti allo stipulante (es. risoluzione del contratto, risarcimento del danno), il terzo potrà attivare la tutela prevista dall'art. 2932 c.c., ottenendo una sentenza costitutiva a proprio favore”*¹¹⁶.

Ovviamente, in quest'evenienza, si dovrebbe tentare di conciliare la dinamica dell'azione di classe con i tempi di un eventuale giudizio di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.*, i cui effetti, ben difficilmente, potrebbero essere anticipatamente conseguiti mediante l'esperimento della tutela d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.*: :: si ritiene, infatti, che le domande volte ad ottenere pronunce di carattere costitutivo non possano beneficiare del provvedimento cautelare *ex art. 700 c.p.c.* perché attinenti a diritti non ancora compresi nel patrimonio del creditore¹¹⁷.

Inoltre, questa opportunità potrebbe essere vanificata dall'esplicita inclusione, nel contratto di mandato, di un esplicito divieto in tal senso, come ammesso dall'art. 2932 c.c..

Pertanto, è lecito affermare che nemmeno l'interpretazione più creativa dell'art. 140-*bis* e degli istituti di diritto privato ad essa collegati permettano di ravvisare, con quella sicurezza che la delicatezza della tematica in questione richiede, una solida tutela degli aderenti, non garantiti, nel corso del giudizio, a

¹¹⁶ G. LO SCHIAVO, A. MARRESE. *Il contratto a favore di terzi*, pag. 149. Milano, 2003. GIUFFRÉ EDITORE.

¹¹⁷ La giurisprudenza tende ad assestarsi sull'assunto secondo cui *“il ricorso al provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. al fine di far dichiarare la parte obbligata a concludere un contratto ai sensi dell'art. 2932 c.c. non è ammissibile per la natura strumentale ed anticipatoria del provvedimento stesso. Ed invero, il provvedimento d'urgenza mira alla provvisoria realizzazione di una situazione giuridica perfetta preesistente rispetto alla pronuncia del giudice, con la naturale conseguenza che le sentenze costitutive non sono suscettibili di tutela urgente ai sensi dell'art. 700 c.p.c. in quanto lo stesso provvedimento produrrebbe la costituzione del rapporto giuridico che invece spetta alla sentenza di merito”* (Tribunale di Torino, 21.07.2003, in *Giurisprudenza di merito*, 2004, 1124).

fronte di possibili nocimenti e ritardi nella soddisfazione delle proprie ragioni da contegni processuali opportunistici o semplicemente erronei dell'attore.

Peraltro, le incertezze sono lievitate ad aumentare, se sol si consideri come eventuali revoche del mandato possano sorgere nel corso dei giudizi di gravame, tanto da esporre gli aderenti al pericolo di perdere gli effetti di una sentenza per loro favorevole¹¹⁸.

Sarebbe, quindi, opportuno che il legislatore si peritasse di stabilire espressamente la prosecuzione della causa anche a seguito della revoca, prevedendo, allo scopo di razionalizzare la situazione, o la possibilità per gli aderenti di sostituirsi al proponente ovvero l'obbligo dell'ente esponenziale di coltivare l'azione in nome proprio, ma nell'interesse degli aderenti, attraverso una sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.*

¹¹⁸ Va sottolineato come, in dottrina, i giudizi di impugnazione delle azioni di classe siano stati scarsamente approfonditi, né emergono significative indicazioni circa le possibili implicazioni sulla posizione degli aderenti.

- CAPITOLO II -

LO SVOLGIMENTO DELL’AZIONE DI CLASSE

SOMMARIO: 1 Le condizioni di ammissibilità dell’azione; 1.1. La non manifesta infondatezza; 1.2. L’insussistenza di conflitti di interesse all’interno della classe; 1.3. La capacità dell’attore di curare gli interessi della classe; 1.4. L’omogeneità dei diritti individuali rivendicati; 2. La decisione sull’ammissibilità dell’azione di classe; 2.1. Le cause di sospensione del procedimento specificamente previste in materia di *class action*; 2.2. Il contenuto dell’ordinanza preliminare sull’ammissibilità; 2.3. Il giudizio di reclamo; 3. La sentenza conclusiva del giudizio.

1. LE CONDIZIONI DI AMMISSIBILITÀ DELL’AZIONE.

Nell’analisi del filtro preliminare di ammissibilità, che il Tribunale è tenuto a compiere, anche d’ufficio, in occasione dell’udienza di prima comparizione, è opportuno richiamare sinteticamente l’attenzione sulla *ratio legis* sottesa alla disciplina dell’azione di classe.

Non può dimenticarsi, infatti, che, nel nostro ordinamento, l’azione giudiziale è intesa quale diritto autonomo ed astratto rispetto al diritto sostanziale fatto valere dall’attore e, più precisamente, quale diritto verso il Giudice (come organo dello Stato) ad ottenere un provvedimento sul merito¹¹⁹.

Onde per cui la valutazione del Giudice in ordine all’ammissibilità dell’azione non può che arrestarsi alla mera verifica circa l’astratta idoneità della domanda a trovare accoglimento all’esito del processo, idoneità che, in sostanza, si concretizza nel triplice presupposto:

¹¹⁹ In questo senso: C. MANDRIOLI. *Diritto processuale civile*, I, pag. 68. Torino, 2013. Giappichelli Editore; il quale cita: F. CARNELUTTI. *Diritto e processo*, pag. 112. Napoli, 1958.

- (i) della possibilità giuridica, cioè la riconducibilità ad una o più norme giuridiche dei diritti azionati;
- (ii) dell'interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.*, ossia l'utilità concreta, attuale ed obiettiva del provvedimento invocato per la parte che lo richiede, nonché
- (iii) della legittimazione ad agire *ex art. 81 c.p.c.*, ovvero la corrispondenza fra l'attore ed il soggetto indicato quale titolare del diritto azionato.

Pertanto, requisiti d'ammissibilità che, come avviene nel caso della *class action*, investono problematiche di merito, quali, ad esempio, la non manifesta infondatezza della domanda, non possono che apprezzarsi quali eccezioni a principi di carattere generale, suscettibili, in quanto tali, di reperire la propria ragione d'essere nelle peculiarità dell'azione in parola.

La quale, giova ricordarlo, si propone, quantomeno, gli obiettivi di prevenire il compimento degli 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 economiche¹²⁰.

Pertanto, appare dotata di ragionevolezza, se non costituzionalmente imposta, la scelta del legislatore di sottrarre alla sfera di operatività dell'art. 140-*bis* le controversie prive dei suesposti connotati, che trovano nel processo ordinario la propria naturale sede di valutazione e di giudizio.

Tali considerazioni, su cui si concentra l'*hard core* dell'azione di classe, dipingono il criterio in forza del quale apprezzare ed interpretare le condizioni di ammissibilità contemplate dal comma VI dell'art. 140-*bis*¹²¹, ossia:

¹²⁰ R. DONZELLI. *L'azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative*, in *Corriere Giuridico*, 2013, 1, 103.

¹²¹ 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,

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

È bene altresì ribadire, prima di procedere all'analitica descrizione delle singole fattispecie, come tale filtro sia posto 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'ammissibilità.

A questo riguardo, va precisato che:

- quantomeno nelle azioni proposte per la tutela dei “*diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali*”, il P.M. avrebbe comunque potuto legittimamente intervenire nel giudizio di classe alla stregua dell'art. 70, comma III, c.p.c., incidendo la disciplina contro la concorrenza sleale su questioni di pubblico interesse¹²². Con la differenza, ovviamente, che, grazie all'art. 140-bis, comma V, c.p.c., il P.M. riceve la notificazione dell'atto introduttivo;
- la sentenza, emessa all'esito di un procedimento in seno al quale la predetta notificazione non sia stata effettuata, è affetta, a mente dell'art. 158 c.p.c., da nullità assoluta, rilevabile dal Giudice nel solo

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”.

¹²² Va precisato, al riguardo, come l'esame circa l'effettiva sussistenza del pubblico interesse rappresenti una valutazione discrezionale, affidata alla competenza esclusiva del P.M., non potendo né il Giudice, né le parti, provocare (o impedire) l'intervento *ex art. 70 c.p.c.* (Corte d'Appello di Torino, 04.04.2007, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, 12, 2768).

giudizio di primo grado, siccome soggetta al principio dell'assorbimento dei vizi di nullità in motivi di gravame¹²³;

- non essendo stato previsto come obbligatorio, il mancato intervento del P.M. nel processo non legittima la richiesta di revocazione della sentenza *ex art. 397 c.p.c.*¹²⁴.

L'introduzione dell'obbligo di notificazione al P.M. dell'atto introduttivo, tuttavia, sembra doversi spiegare non soltanto sulla base della naturale incidenza della *class action* su valori di ordine pubblico, ma anche alla stregua della considerazione, di carattere squisitamente pragmatico, secondo cui, verosimilmente, le più significative domande di classe verranno proposte nei casi di truffe perpetrate ai danni dei risparmiatori, tendenzialmente dotate di rilevanza penale¹²⁵.

Va segnalato, poi, il potere del Tribunale di disporre la sospensione del processo, qualora sia pendente un'istruttoria avanti Autorità Amministrative Indipendenti ovvero dinanzi al Giudice Amministrativo sulle medesime questioni da trattarsi nell'azione di classe.

Tanto premesso, nel proseguo, si analizzeranno specificamente ciascuna delle condizioni d'ammissibilità dell'azione di classe.

¹²³ Conferma la Suprema Corte che, "nei procedimenti in cui sia prescritto l'intervento obbligatorio in causa del P.M., l'omessa partecipazione dello stesso al giudizio di primo grado dà luogo a nullità della sentenza che si converte, ai sensi degli artt. 158 e 161 c.p.c., in motivo di impugnazione, potendo essere fatta valere soltanto nei limiti e secondo le regole dell'appello; ne consegue che, ove manchi il motivo di gravame sul punto, la questione non può essere rilevata d'ufficio dal giudice di appello, né dare luogo a vizio denunciabile con ricorso per cassazione" (Cassazione civile, sez. III, 31.03.2011, n. 7423, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 3, 505).

¹²⁴ Richiesta che, in ogni caso, può essere avanzata dal solo P.M., non spettando la legittimazione ad impugnare *ex art. 397 c.p.c.* alle altre parti processuali (Cassazione civile, sez. I, 02.12.1993, n. 11960, in *Foro italiano*, 1994, I, 2156).

¹²⁵ G. CATALDI. *La nuova azione di classe*, in *Consumatori, diritto e mercato*, 2009, 3, 133.

1.1. LA NON MANIFESTA INFONDATEZZA.

Come dinanzi accennato, la non manifesta infondatezza della domanda costituisce il requisito dell'azione di classe maggiormente problematico, imponendo al Tribunale il compimento di valutazioni di merito che, secondo i principi generali, dovrebbero rimanere estranee ai giudizi di mera ammissibilità.

Nell'interpretazione del contenuto concreto di tale presupposto, il pensiero corre inevitabilmente verso l'identica espressione utilizzata dall'art. 23, comma II, della legge 11.03.1953, n. 87¹²⁶, con riguardo al vaglio preliminare che il Giudice *a quo* deve compiere prima di rimettere la questione di legittimità costituzionale alla Consulta¹²⁷.

Tuttavia, in quest'ultimo caso, l'operazione ermeneutica compiuta dal Giudice di merito, investendo problematiche di mero diritto, si presenta ben più agevole e lineare rispetto a quanto avviene nell'azione di classe, in cui l'accoglimento della domanda dell'attore è subordinato al positivo accertamento dei fatti costitutivi del diritto giudizialmente rivendicato, i quali, di norma, non si riveleranno né pacifici, né inequivocabilmente desumibili dal notorio *ex art.* 115, comma II, c.p.c. e, conseguentemente, imporranno lo svolgimento di un'attività istruttoria, quantomeno limitata all'interpretazione delle produzioni documentali.

Appare, quindi, maggiormente adeguato il richiamo al concetto di *fumus boni iuris* alla cui sussistenza, unitamente al *periculum in mora*, l'ordinamento condiziona l'emissione dei provvedimenti cautelari, omettendo, però, di esplicitarne la definizione normativa¹²⁸.

¹²⁶ Ai sensi del quale:

“L'autorità giurisdizionale, qualora il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità costituzionale o non ritenga che la questione sollevata sia manifestamente infondata, emette ordinanza con la quale, riferiti i termini ed i motivi della istanza con cui fu sollevata la questione, dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso”.

¹²⁷ In dottrina, vedasi: E. GRANELLI. *Sulla deliberazione di non manifesta infondatezza delle questioni di illegittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 1976, I, 1, 1631.

¹²⁸ M.A. LUPOI. *Fumata nera per la prima class action all'italiana*, 2012, 2, 332.

Giova precisare, tuttavia, come, in materia di procedimento cautelare, il requisito del *fumus boni iuris* ci configura in maniera differente rispetto a quanto accade nel contesto del filtro d'ammissibilità previsto in tema di *class action*.

Infatti, nei giudizi cautelari, è l'urgenza a provvedere ad impedire al Giudice di sottoporre la domanda esperita dal ricorrente ad un giudizio a cognizione piena¹²⁹, mentre, nell'impianto dell'azione di classe, è l'esigenza di evitare processi temerari ed estremamente pregiudizievoli per l'immagine commerciale delle imprese ad aver determinato la previsione del filtro d'ammissibilità¹³⁰.

Tale differenza non può che riflettersi anche sull'intensità dell'onere della prova gravante sull'attore, giacché, se è legittimo pretendere che il richiedente la misura cautelare esponga tutti gli elementi indiziari in suo possesso e, in particolar modo, esibisca l'intera documentazione in suo possesso, le stesse considerazioni non possono automaticamente trasporsi al giudizio di classe, in cui il proponente può dimostrare la non temerarietà della propria iniziativa giudiziale anche senza giungere ad una totale *discovery*¹³¹.

In altri termini, mentre il ricorrente, per ottenere la richiesta misura cautelare, è tenuto a fornire tutte le prove compatibili con la celerità del giudizio, al proponente l'azione di classe è sufficiente effettuare allegazioni non palesemente inveritiere e che, se fossero dimostrate, condurrebbero ad una sentenza positiva¹³².

¹²⁹ In giurisprudenza: Tribunale di Bari, sez. lav., 15.04.2008, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2008, ove si insegna che “chi ricorre alla procedura d'urgenza deve quindi fornire al giudice un'evidenza del diritto, ovvero un'immediata verosimiglianza di fondatezza delle sue pretese da acclararsi all'esito della cd. *summaria cognitio*”.

¹³⁰ F. SANTANGELI – P. 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*, 29 aprile 2010.

¹³¹ Considerazioni in merito vengono svolte da: F. SANTANGELI – P. 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*, 29 aprile 2010, secondo cui “l'attuale ricostruzione del giudizio di ammissibilità sembrerebbe ridurre le possibilità che, in questa fase, la Corte possa esperire un'attività istruttoria non documentale”.

¹³² Secondo questa ricostruzione, il vaglio sulla non manifesta infondatezza mirerebbe “solo a impedire l'esame nel merito di domande platealmente infondate” (A. GIUSSANI. *La prima uscita della class action all'italiana soffocata da meccanismi preclusivi paralizzanti*, in *Guida al diritto*, 2010, 27, 16).

Da una prospettiva più concreta, pare legittimo sostenere che l'omessa produzione di documenti utili ai fini del decidere, unitamente alla sicurezza circa il possesso dei medesimi da parte del ricorrente, possa giustificare il diniego del provvedimento cautelare, ma non, verosimilmente, l'ammissione della azione di classe¹³³.

Difficile appare il ricorso, in questa fase preliminare, alle sommarie informazioni, che, al limite, potrebbero investire la sussistenza, in capo all'attore, della qualità di consumatore o utente, soprattutto allo scopo di evitare che l'azione di classe possa essere impiegata per il perseguimento di obiettivi ad essa estranei e, dunque, non suscettibili di giustificare l'allontanamento dal consueto modello processuale¹³⁴.

È proprio questa la tematica su cui si sono soffermati i giudizi d'ammissibilità, svolti dal Tribunale di Torino in composizione collegiale¹³⁵ e dalla relativa Corte d'Appello in sede di reclamo¹³⁶, con riguardo alla prima azione di classe esperita nel nostro sistema giuridico.

Si trattava, infatti, di una controversia promossa da un avvocato, per mezzo di una nota associazione di consumatori, nei confronti di un Istituto di

¹³³ Insigne dottrina ritiene che la prognosi del Collegio in punto di non manifesta infondatezza non debba addentrarsi in valutazioni circa l'effettiva sussistenza dei fatti costitutivi del diritto azionato, salvo il caso in cui gli stessi non siano smentiti dal medesimo attore, soffermandosi esclusivamente su questioni di diritto. Più precisamente, si argomenta che *“codesta manifesta infondatezza crediamo debba riguardare più che altro una prognosi in iure, ossia sulle tesi giuridiche poste a base della antiggiuridicità rimproverata all'impresa, piuttosto che una minuta deliberazione fattuale sui contegni tenuti, che mal si addice a questo tipo di fattispecie azionabili: raramente infatti le allegazioni dell'attore collettivo verteranno su fatti costitutivi che non siano, almeno in parte, già notori o, perlomeno, di agevolissima verificabilità, o comunque non seriamente contestabili da un convenuto, per dimensioni e ruoli, socialmente responsabile e non così libero di negare verità fattuali palmari note a miriadi di cittadini; tutto ciò a differenza delle conseguenze giuridiche di quei fatti, e così alle qualificazioni, che saranno per consueto il baricentro controverso della lite. Del resto una penetrante verifica dei fatti non si presta ad essere compiuta nello schema sommario di cognizione delineato da questo comma 3, che dovrà essere tipico di una decisione soprattutto snella e rapida; dunque che blocchi solo i casi patenti di azioni prive di succo (cioè hopeless)”* (C. CONSOLO – M. BONA – P. BUZZELLI. *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, pag. 156. Ipsoa, 2013).

¹³⁴ Per F. SANTANGELI – P. 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, 29 aprile 2010, *“l'attuale ricostruzione del giudizio di ammissibilità sembrerebbe ridurre le possibilità che, in questa fase, la Corte possa esperire un'attività istruttoria non documentale”*.

¹³⁵ Tribunale di Torino, 04.06.2010, n. 29, in *Guida al diritto*, 2010, 27, 18.

¹³⁶ Corte d'Appello di Torino, 27.10.2010, in *Giurisprudenza commerciale*, 2010, 2, II, 315.

credito, volta ad accertare l'invalidità di clausole relative alle commissioni di massimo scoperto e ad altri oneri, contenute nei formulari sottoscritti dal cliente, ma unilateralmente predisposti dalla Banca.

Atteso che il contratto in questione si collegava ad un conto corrente impiegato per usi promiscui, ossia tanto per lo svolgimento dell'attività forense, quanto per le esigenze della normale vita quotidiana, i Collegi giudicanti si sono profusi in illuminanti argomentazioni circa il significato giuridico della nozione di consumatore e le modalità della sua dimostrazione: argomenti, questi, che, qui di seguito, si tenterà di sinteticamente censire¹³⁷.

Va detto, innanzitutto, che può considerarsi acquisita la convinzione secondo cui il giudizio sulla natura soggettiva del contraente, investendo unicamente la ricostruzione e l'interpretazione del fatto – o, comunque, del dato – storico, non è sindacabile in sede di legittimità, purché adeguatamente e logicamente motivato¹³⁸.

¹³⁷ È bene precisare come tale problematica si ponga soltanto nel caso di persone fisiche. A questo proposito, ed a fronte delle suggestioni derivanti dalle legislazioni straniere, maggiormente inclini ad estendere la qualifica di consumatori a soggetti diversi rispetto alle persone fisiche, la Corte Costituzionale ha affermato che *“non è fondata, in riferimento agli artt. 3, 25 e 41, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1469-bis, comma II, c.c., nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane, in quanto non risulta censurabile la scelta del legislatore di attribuire – in conformità al testo della direttiva 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, alla normativa di numerosi Paesi membri dell’Unione Europea, nonché al progetto, in fase di elaborazione, del codice civile europeo – la qualità di consumatore alla persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, escludendo con ciò dalla relativa speciale tutela tutti quei soggetti – quali professionisti, piccoli imprenditori e artigiani – che, in forma individuale o anche collettiva agiscono per scopi comunque connessi all’attività economica, quantunque senza finalità di lucro: la predisposizione di strumenti di tutela comuni, attuata in base a modelli uniformi nei diversi Paesi dell’Unione Europea, costituisce, infatti, di per sé sola, una idonea ragione di politica legislativa a sostegno di questa scelta, tanto più in quanto non irragionevolmente diretta a tutelare soggetti che agendo, secondo l’“id quod plerumque accidit”, in modo occasionale, saltuario e non professionale, sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare su un piano di parità”* (Corte Costituzionale, 22.11.2002, n. 469, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 6).

Naturalmente, anche enti sovraindividuali, purché costituiti unicamente da persone fisiche, possono beneficiare delle tutele rafforzate di cui al Codice del Consumo, come avviene, per esempio, per il Condominio (Cassazione civile, sez. III, 12.01.2005, n. 452, in *Il civilista*, 2009, 3, 72; Cassazione civile, sez. III, 24.07.2001, n. 10086, in *Corriere giuridico*, 2001, 1436; Tribunale di Bari, sez. II, 24.09.2008, n. 2158, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2008; Tribunale di Bari, 26.10.2007, n. 2408, in *Il civilista*, 2009, 3, 72).

¹³⁸ *Ex multis*: Cassazione civile, sez. III, 05.06.2007, n. 13083, in *Giustizia civile*, 2008, 10, I, 2223, per la quale *“ai fini dell’applicabilità della disciplina di cui agli artt. 1469-bis e ss c.c., la verifica, in concreto, se un certo contratto è stato concluso da un operatore giuridico quale consumatore, o, piuttosto nell’ambito dell’esercizio della sua attività professionale importa un*

In tale disamina sono essenziali, anche per ragioni legate al legittimo affidamento, le dichiarazioni pronunciate dalla parte all'atto della stipulazione del contratto che si assume ricadere nella sfera di operatività della disciplina consumeristica, specialmente con riguardo allo scopo cui s'intende destinare il bene o il servizio ricevuto.

Così, a fronte dell'inequivocabile riconoscimento, da parte del cliente, di aver contratto (o di aver voluto contrarre) per finalità correlate all'esercizio dell'impresa o della professione, risulta indifferente che, in concreto, la prestazione effettuata sia stata utilizzata per esigenze di consumo, anche se largamente preponderanti o, addirittura, esclusive¹³⁹.

Ove una dichiarazione di destinazione non compaia, invece, si ritiene opportuno privilegiare il criterio della connessione, verificando se l'esercizio delle attività imprenditoriali o professionali rappresenti la *conditio sine qua non* della stipulazione del contratto¹⁴⁰, senza alcun onere di dimostrare che, in esse, siano confluiti tutti i beni ed i servizi prodotti¹⁴¹.

accertamento in fatto, come tale riservato al Giudice del merito e non sindacabile in sede di legittimità ove suffragato da una motivazione adeguata e giuridicamente corretta”.

¹³⁹ Illustra la più autorevole giurisprudenza che, “*ai fini della disciplina sulle clausole vessatorie, il soggetto che contratta con un professionista non riveste la qualità di consumatore, quando risulta che l'acquisizione del bene o del servizio è finalizzata allo svolgimento di un'attività d'impresa, a prescindere dall'eventuale utilizzazione diretta del bene o del servizio da parte dell'acquirente*” (Cassazione civile, sez. III, 23.02.2007, n. 4208, in *Foro italiano*, 2007, 9, I, 2439).

¹⁴⁰ Più precisamente, è stata sviluppata, nell'intento di risolvere i casi più dubbi, la teoria dello scopo dell'atto, la quale, prescindendo da apprezzamenti puramente quantitativi, tentava di valorizzare la causa efficiente del negozio, ossia la reale finalità che, in concreto, aveva determinato il contraente ad obbligarsi verso l'impresa o il professionista (F. DI MARZIO. *Ancora sulla nozione di consumatore nei contratti*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, II, 543).

Secondo un'opinione più sfumata, invece, il criterio di discernimento doveva rinvenirsi nella natura del contratto e, dunque, nella tendenza della causa in concreto ad esso sottesa a soddisfare interessi propri dell'industria ovvero del consumo (Tribunale di Roma, 20.10.1999, in *Giurisprudenza romana*, 2000, 297; Pretura di Foggia, 17.12.1998, in *Giurisprudenza italiana*, 2000, 312).

Un orientamento intermedio, infine, suggeriva di valorizzare la naturale vocazione del bene consegnato o del servizio reso ad armonizzarsi o meno in un contesto aziendale (E. CAPOBIANCO. *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Vita notarile*, 1996, 1148; E. MINERVINI. *Dei contratti del consumatore in generale*, pag. 31. Torino, 2006).

¹⁴¹ Non si dimentichi come l'abrogato art. 1469-bis c.c. definisse sia il consumatore, che il professionista, intendendo quest'ultimo come “*la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto di cui al primo comma [cioè caratterizzato dalla asimmetria dei diritti e degli obblighi, n.d.r.]*”.

Il *discrimen* fra la figura del professionista/imprenditore e quella del consumatore ruotava, dunque, attorno alla parola “*quadro*”, oggi sostituita con il concetto di connessione.

Sulla base dei predetti criteri direttivi, la giurisprudenza ha escluso lo *status* di consumatore:

- al committente di un servizio pubblicitario orientato alla promozione dell'attività imprenditoriale dallo stesso esercitata¹⁴²;
- al concessionario di un contratto di leasing per l'acquisizione di arredi destinati all'esposizione di merci in locali commerciali¹⁴³;
- al consulente legale, in relazione all'acquisto di una banca dati giuridica¹⁴⁴;
- all'assicurato contro i rischi correlati alla responsabilità civile derivante dallo svolgimento della professione¹⁴⁵;
- ad un commerciante che aveva stipulato un contratto di convenzionamento con una Banca, per consentire ai propri clienti di effettuare il pagamento attraverso carte di credito¹⁴⁶.

Importante, poi, evidenziare che, in materia di contratti legati da un rapporto di accessorietà, il criterio della connessione è completato dal principio dell'attrazione, ai sensi del quale la qualità del debitore principale attrae quella del

Più precisamente, secondo la Suprema Corte, “*quello che rileva ai fini della identificazione di chi possa avvalersi, come consumatore, della ‘tutela forte’ di cui alla normativa sopra citata, in primo luogo consiste nel fatto che una tale qualifica spetta solo alle persone fisiche e quindi non alle società ed in secondo luogo nel fatto che la stessa persona fisica anche quando svolga attività imprenditoriale o professionale potrà essere considerata alla stregua del semplice ‘consumatore’ solo allorché concluda un contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all’esercizio di dette attività, mentre deve essere considerato ‘professionista’ tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che, invece, utilizza il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, e quindi perché ricorra la figura del ‘professionista’ non è necessario che il contratto sia posto in essere nell’esercizio dell’attività propria dell’impresa o della professione, essendo sufficiente – come si evince dalla parola ‘quadro’ – che esso venga posto in essere per lino scopo connesso all’esercizio dell’attività imprenditoriale o professionale*” (Cassazione civile, sez. III, 08.06.2007, n. 13377, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 6; in senso conforme cfr. anche: Cassazione civile, sez. III, 13.06.2006, n. 13643, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 6; Cassazione civile, sez. III, 22.05.2006, n. 11933, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 5; Cassazione civile, sez. III, 10.08.2004, n. 13377, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 7-8; Cassazione civile, sez. I, 25.07.2001, n. 10127, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1461).

¹⁴² Cassazione civile, sez. III, 05.06.2009, n. 13033, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 6, 873.

¹⁴³ Cassazione civile, sez. III, 08.06.2007, n. 13377, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 6.

¹⁴⁴ Cassazione civile, sez. III, 05.06.2007, n. 13083, in *Giustizia civile*, 2008, 10, I, 2223.

¹⁴⁵ Cassazione civile, sez. III, 09.11.2006, n. 23892, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 11.

¹⁴⁶ Giudice di Pace di Palermo, 28.09.2006, in *Giudice di Pace*, 2007, 4, 327.

fideiussore, ai fini dell'individuazione del soggetto che deve possedere la natura di consumatore per l'applicazione della pertinente disciplina¹⁴⁷.

Sempre con riguardo all'estensione della categoria degli utenti e dei consumatori, giova menzionare, inoltre, il peculiare interrogativo circa l'applicabilità della disciplina *ex* D.Lgs. 06.09.2005, n. 206 ai contratti stipulati dall'imprenditore in favore di consumatori, come, avviene, ad esempio, nel caso delle assicurazioni per conto di chi spetta che numerosi datori di lavori contraggono a beneficio dei propri dipendenti.

Una risposta positiva proviene da una delle poche pronunce in termini, secondo la quale *“sussistono valide e concrete ragioni per giustificare l'assimilazione della posizione del terzo beneficiario della polizza-persona fisica a quella del contraente-persona fisica: in primo luogo, perché il suo diritto deriva direttamente dal contratto stipulato con il professionista, senza il quale non sarebbe mai sorto, e la prestazione in esso convenuta deve essere resa in suo favore, ed in secondo luogo perché, essendo egli titolare del diritto di azione nei confronti del professionista in caso di inadempimento da parte del medesimo, non si ravvisano ragioni valide per escluderlo dalla tutela dettata – nel caso di specie, con riferimento alla competenza territoriale del giudice da adire in caso di controversia – per il contraente ‘debole’ in relazione a contratti suscettibili di determinare uno squilibrio dei diritti e degli obblighi ad opera del professionista”*¹⁴⁸.

Tale assunto, però, appare suscettibile di revisione nell'ipotesi in cui il contratto in favore del terzo non evidenzia espressamente la natura di consumatore posseduta dai beneficiari, ma lasci incertezze in merito alla caratterizzazione dei medesimi.

A ciò si aggiunga che, recentemente, questo orientamento ha sofferto un parziale ripensamento, avendo la Suprema Corte ritenuto che le clausole

¹⁴⁷ Così: Cassazione civile, sez. I, 12.11.2008, n. 27005, in *Guida al diritto*, 2009, 1, 82; più recentemente: Tribunale di Milano, sez. VIII, 12.06.2012, n. 7188, in *Redazione Giuffrè*, 2012.

¹⁴⁸ Cassazione civile, sez. III, 11.01.2007, n. 369, in *Diritto e pratica della società*, 2007, 24, 83.

vessorie accluse ai formulari non necessitino di singolare negoziazione qualora non intercorra una disparità di poteri fra i contraenti¹⁴⁹.

Per quanto concerne la prima *class action*, vagliata dal Foro di Torino, il Giudice, pur dichiarando la manifesta infondatezza della domanda, riconosceva, in capo all'attore, la qualità di consumatore, giacché il conto corrente, benché impiegato per usi promiscui, era stato precipuamente impiegato, più precisamente nella misura del 70%, per finalità estranee all'esercizio della professione, ma soprattutto – e la circostanza sembra aver profondamente inciso nella valutazione dei Collegi – era lo stesso Istituto di credito ad aver applicato al contratto le condizioni proprie dei consumatori, ammettendo, dunque, che la causa efficiente della instaurazione del rapporto negoziale fosse da ricercarsi in esigenze privatistiche¹⁵⁰.

Tale pronuncia, peraltro, sembra essersi uniformata a quanto indicato dalla Corte di Giustizia, la quale, ai fini dell'applicazione della disciplina consumeristica, esige che l'impiego professionale rivesta un carattere assolutamente marginale ed occasionale e non soltanto minoritario¹⁵¹.

In ogni caso, sembra ragionevole ipotizzare che sulla distinzione fra consumatori ed utenti, da un lato, e professionisti ed imprenditori, dall'altro, si concentreranno, verosimilmente, le principali discussioni in materia di non manifesta infondatezza della domanda, trattandosi di problematica celermente risolvibile sulla base delle allegazioni e delle produzioni documentali già acquisite al processo al momento della costituzione del contraddittorio.

I successivi arresti giurisprudenziali in termini, infatti, non sembrano stimolare granché la riflessione teorica, limitandosi, in sostanza, a dichiarare l'inammissibilità di domande che, già solo sulla base della prospettazione attorea, si rivelavano manifestamente infondate, come, ad esempio:

¹⁴⁹ Cassazione civile, sez. VI, 27.11.2012, n. 21070, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 11, 1342.

¹⁵⁰ Sul punto, vedasi: S.A. CERRATO. *Un debutto stonato per la nuova class action all'italiana*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2010, 5, 619.

¹⁵¹ Corte di Giustizia, 20.01.2005, causa C-464/01, in *Diritto e Giustizia*, 2005, 8, 102.

- le doglianze mosse da un gruppo di turisti verso il Tour Operator, in ordine ad un viaggio ritenuto insoddisfacente, benché conforme a quanto promesso¹⁵²;
- la pretesa degli abbonati ad un autobus di ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall'effettuazione, ad opera del vettore, del servizio di trasporto in condizioni di scarsa sicurezza, senza aver nemmeno allegato la verifica, nel corso del tragitto, di sinistri ovvero di altri avvenimenti, anche solo potenzialmente, pregiudizievoli per la salute dei trasportati¹⁵³;
- la richiesta di restituzione della T.I.A. (Tariffa Igiene Ambiente), da parte di cittadini che riconoscevano di non aver ancora pagato alcunché¹⁵⁴;
- la domanda risarcitoria svolta dai consumatori di sigarette in relazione – non già all'assuefazione generata dagli additivi dei prodotti, bensì –alle patologie tumorali causate dalla nicotina, appartenendo questi ultimi effetti alla categoria del fatto notorio e, dunque, evitabili dal creditore con l'impiego dell'ordinaria diligenza *ex art. 1227, comma II, c.c.*¹⁵⁵.

Va puntualizzato, da ultimo, come la disamina circa la manifesta infondatezza dell'azione proposta consista in un giudizio a carattere sommario, inidoneo, in quanto tale, ad acquisire l'autorità di cosa giudicata, peraltro esclusa dalla lettera della legge.

¹⁵² Tribunale di Napoli, sez. XII, 18.02.2013, n. 2195, in *Guida al diritto*, 2013, 12, 16.

¹⁵³ Tribunale di Torino, 31.10.2011, in *Foro italiano*, 2012, 6, I, 1910.

¹⁵⁴ Tribunale di Firenze, sez. II, 15.07.2011, in *Foro italiano*, 2012, 6, I, 1910.

¹⁵⁵ Tribunale di Roma, 11.04.2011, in *Foro italiano*, 2011, 12, I, 3424, ove si precisava esplicitamente che, “*nell'azione di classe, la fase preliminare di verifica della non manifesta infondatezza della domanda riguarda la prospettazione in diritto posta a fondamento della pretesa e non la veridicità dei fatti costitutivi, a meno che questa non sia ragionevolmente esclusa dalle prove allegate agli atti introduttivi del giudizio*”.

Conseguentemente, deve ritenersi che la domanda, una volta dichiarata inammissibile, possa essere reiterata dal proponente, anche senza modificare le allegazioni in fatto e le deduzioni in diritto formulate nel giudizio precedente¹⁵⁶.

Occorre chiedersi, invece, che cosa accada qualora l'azione venga dichiarata manifestamente infondata – non già con l'ordinanza preliminare sull'ammissibilità, bensì – nel contesto della sentenza definitiva: infatti, sembra difficile escludere che, nel giudizio a cognizione piena, il Collegio possa modificare le statuizioni assunte in via sommaria.

Al riguardo, appare ragionevole ipotizzare che l'effetto preclusivo alla proposizione di nuove azioni di classe rimanga inalterato, giacché, a tal fine, l'art. 140-*bis* sembra aver ritenuto sufficiente il giudizio d'ammissibilità di prima approssimazione.

In altri termini, il superamento del vaglio preliminare d'ammissibilità attribuisce alla domanda collettiva quel minimo di credibilità sostanziale in presenza del quale l'ordinamento considera ragionevole e giustificato il divieto, esteso a tutti gli altri consumatori, di avvalersi dell'azione di classe per la tutela dei propri diritti individuali, ferma restando, ovviamente, la possibilità di promuovere un giudizio *uti singuli*.

Non possono sottacersi, però, le opinioni che non rintracciano nell'effetto preclusivo di cui al comma 14 alcuna ragion d'essere, argomentando come lo stesso non produca altra conseguenza che quella – non certo auspicabile – di imporre al Giudice una delibazione sommaria sulla fondatezza dell'azione, in difetto di qualsivoglia *periculum in mora*¹⁵⁷.

Non si dimentichino, poi, le anomalie che tale meccanismo rischia d'ingenerare. Potrebbe, infatti, verificarsi che:

¹⁵⁶ D. AMADEI. *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, 4, 940, il quale, tuttavia, osserva che l'ente esponenziale, nel riproporre la domanda, ne modificherà sensibilmente l'impostazione, al fine di accrescere le possibilità di successo.

¹⁵⁷ A. GIUSSANI. *Problemi applicativi nell'ammissione dell'azione di classe*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 11, 2330.

- a) a seguito del giudizio di reclamo, la Corte d'Appello, nel revocare l'ordinanza d'inammissibilità, rimetta la controversia al Tribunale che, benché sommariamente, aveva deliberato la manifesta infondatezza della domanda attorea;
- b) siano privati del diritto d'introdurre azioni di classe soggetti materialmente impossibilitati ad aderire a quella precedentemente introdotta;
- c) i diritti rivendicati dall'attore si rivelino disomogenei soltanto successivamente alla presentazione degli atti d'adesione oppure all'esaurimento della fase istruttoria;
- d) a seguito dell'ordinanza dichiarativa dell'ammissibilità, l'impresa si renda disponibile ad addivenire ad accordi conciliativi estremamente appetibili per l'attore, al solo scopo di evitare che si inneschi il fenomeno delle adesioni.

In sostanza, a detta di tale dottrina, l'art. 140-*bis* ha attuato un'eterogenesi dei fini, nel senso che il giudizio d'ammissibilità, orientato, secondo la tradizionale impostazione delle *class actions*, a preservare gli interessi dei potenziali aderenti, è stato trasformato in una potente arma, nelle mani delle imprese convenute, per paralizzare le azioni giudiziali proposte nei loro confronti ovvero per appesantire e ritardare il giudizio, imponendo al Giudice un gravoso esame preliminare delle questioni salienti della controversia.

1.2. L'INSUSSISTENZA DI CONFLITTI DI INTERESSE ALL'INTERNO DELLA CLASSE.

Si tratta di un requisito animato da intendimenti agevolmente intuibili, riconducibili, in particolar modo, alla volontà di evitare che le imprese esposte ad una molteplicità di domande risarcitorie, a seguito della consumazione di illeciti e/o inadempimenti, possano promuovere, a mezzo di un loro fiduciario, l'azione di classe, per poi adottare, in seno al processo, tattiche processuali intenzionalmente erronee al fine di provocare un esito fallimentare.

L'esempio paradigmatico in materia è rappresentato dall'azione promossa da alcune imprese statunitensi, le quali, dopo aver utilizzato l'amianto nei processi di lavorazione, verso la fine degli anni '90 si rivolsero ad un *pool* di legali al fine di promuovere una *class action* e, superato il filtro preliminare, cercarono di concludere una transazione tombale, tale da coprire qualunque altra pretesa risarcitoria, anche da parte di tutti coloro che, in futuro, avessero contratto una patologia da asbestosi o, comunque, derivante dall'intossicazione da amianto¹⁵⁸.

In realtà, i pericoli di abusi di questo genere appaiono già significativamente scongiurati dalla previsione del meccanismo dell'*opt-in*, in forza del quale gli effetti della sentenza si producono soltanto in capo ai consumatori ed agli utenti che hanno espressamente aderito all'iniziativa del proponente, rimanendo assolutamente irrilevante per tutti coloro che hanno osservato un comportamento inerte.

Non è un caso, infatti, se, nei modelli alloctoni improntati al modello dell'*opt-out*, e specialmente nel sistema statunitense, il vaglio d'ammissibilità preliminarmente compiuto dal Giudice (cd. *certification*) si concentra principalmente sull'idoneità del singolo danneggiato ad indossare le vesti di un'entità astratta, impersonale ed organicamente immedesimata nella classe, al punto da divenire una sorta di rappresentante processuale della classe, designato

¹⁵⁸ La vicenda è stata approfondita da: M. DE CRISTOFARO. *L'azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 10, 1992.

allo svolgimento di tale incarico dal provvedimento in punto d'ammissibilità dell'autorità giudiziaria medesima¹⁵⁹.

Tuttavia, appare piuttosto remoto il rischio che, nel nostro sistema giuridico, si concretizzino ipotesi di conflittualità così intense, atteso che, nelle controversie relative ai cd. danni diffusi, cioè distribuiti presso un'ampia ed assortita platea di consumatori, ben difficilmente l'ulteriore presupposto dell'omogeneità dei diritti, che si approfondirà *infra*, potrebbe reputarsi integrato¹⁶⁰. Senza contare, poi, che, rappresentando l'azione di classe un mero strumento per la tutela di diritti sostanziali già riconosciuti dall'ordinamento, la stessa deve necessariamente trovare supporto in un adeguato interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c., il quale pone un ulteriore ostacolo alla formazione di classi virtuali, depositarie della sola volontà di ridurre il carico risarcitorio gravante sull'impresa.

In verità, se quello testé indicato rappresenta la tipologia più emblematica di conflitto d'interesse, quest'ultimo può rinvenirsi anche in altre eventualità, e, segnatamente, in ipotesi di divergenza fra gli interessi dei componenti la classe che l'attore pretende di rappresentare¹⁶¹.

Il caso potrebbe ricercarsi nell'azione proposta per il risarcimento dei danni che il prodotto difettoso ha arrecato agli acquirenti diretti ed a soggetti terzi, non legati da un rapporto contrattuale con il venditore: in questo caso, al di là delle problematiche connesse alla possibile disomogeneità dei pregiudizi lamentati, fra le due classi potrebbe profilarsi un conflitto d'interessi allorché il patrimonio del debitore dovesse rivelarsi insufficiente a soddisfare tutte le pretese risarcitorie e, conseguentemente, ciascuna delle due classi avesse interesse al rigetto delle domande proposte dall'altra.

¹⁵⁹ C. CONSOLO. *Class action fuori dagli Usa? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, I, 642.

¹⁶⁰ M. SACCHI. *Nuova class action: tra tutela dei diritti soggettivi omogenei ed interessi a valenza collettiva*, in www.altalex.com.

¹⁶¹ F. CAMILLETTI. *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo e l'azione di classe*, in *Contratti*, 2009, 1179.

Va precisato, poi, per quanto concerne le azioni intentate dall'ente collettivo, che quest'ultimo non deve necessariamente perseguire uno scopo congruente o, comunque, affine ai diritti ed agli interessi vantati dall'attore, giacché l'art. 140-*bis*, nel disciplinare tale particolare situazione, formula un generico riferimento alle associazioni cui il proponente conferisce mandato ed ai comitati a cui il medesimo partecipa, senza ulteriori distinzioni¹⁶².

In altre parole, il legislatore ha espresso, *ex ante*, un giudizio positivo circa la capacità dei summenzionati enti collettivi di tutelare gli interessi della classe, anche allorché gli stessi mirino al raggiungimento di un differente scopo statutario.

Ciò non toglie, però, che l'idoneità dell'ente a tutelare gli interessi della classe possa accompagnarsi a vizi del mandato ad essa conferito o, comunque, dell'accordo sottostante il comitato ovvero ad inadempimenti alle obbligazioni derivanti da tali negozi, con conseguente esperibilità, nei confronti dell'organizzazione sovraindividuale, delle ordinarie azioni di responsabilità contrattuale.

Pare sensato prospettare, infine, che, mentre l'onere di dimostrare la sussistenza, nel caso concreto, dei requisiti d'esperibilità dell'azione di classe verte sul consumatore/proponente, la prova circa presenza di un conflitto d'interessi, in qualunque sua forma, incomba sull'impresa convenuta, se non altro in forza dell'elevata difficoltà della parte di offrire elementi istruttori a sostegni di un fatto negativo¹⁶³.

¹⁶² Si legge in una delle poche pronunce giurisprudenziali intervenute sul punto:

“Per nulla discutibile, dalla documentazione agli atti, è, poi, l'aspetto relativo al conflitto di interessi, non potendosi individuare alcun limite nella rappresentanza dell'attore per il fatto che essa non ha un interesse omogeneo con quello di cui sono titolari gli appartenenti alla classe, come ha sostenuto la convenuta escludendo la legittimazione dell'associazione per la sola rappresentanza degli interessi di classe.

La stessa legge afferma, infatti, il contrario, riconoscendo in capo a ciascun componente della classe la facoltà di agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni, anche 'mediante associazioni alla quali venga dato mandato o mediante comitati cui partecipa', come nel caso che ci occupa, con ciò riconoscendone appieno la rappresentatività (Tribunale di Napoli, sez. II, 16.11.2011, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, 5, 1626).

¹⁶³ In questo senso: Tribunale di Torino, 28.04.2011, in *Foro italiano*, 2011, 6, I, 1888.

È chiaro, però, che, quantomeno nell'ipotesi estrema in cui l'attore sia un fiduciario dell'impresa convenuta, il rilievo del conflitto d'interessi sarebbe demandato al potere officioso del Giudice, non avendo, di fatto, nessuna delle parti un concreto interesse a sollevare codesta eccezione d'inammissibilità.

Non può sottacersi, però, che la giurisprudenza di legittimità, temperando il portato dell'ormai acquisito principio di riferibilità della prova, ha ritenuto che anche la dimostrazione dei fatti negativi sia di competenza dell'attore, che può fornirli, indirettamente, ma inequivocabilmente, mediante la prova di circostanze positive o tramite il notorio (da ultimo: Cassazione civile, sez. II, 31.10.2013, n. 24568, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 4 novembre).

1.3. LA CAPACITÀ DELL'ATTORE DI CURARE GLI INTERESSI DELLA CLASSE.

L'espressa previsione del requisito relativo alla capacità dell'attore di curare gli interessi della classe, contemplato congiuntamente alla – e non come specificazione della – disciplina sul conflitto di interesse, testimonia come il proponente, per poter attivare il processo speciale *ex art. 140-bis*, sia tenuto a dimostrare circostanze ulteriori rispetto alla effettiva appartenenza alla classe ed alla concretezza del proprio interesse ad agire¹⁶⁴.

Infatti, i particolari effetti derivanti dal superamento del vaglio d'ammissibilità da parte dell'iniziativa attorea, non ultimo il divieto, imposto a tutti i consociati, di esperire una nuova *class action* per i medesimi titoli, non appaiono razionalmente giustificabili in presenza di un proponente che, pur senza abusare dei propri diritti, persegua interessi meramente individuali o, comunque, non si dimostri all'altezza di curare le aspettative del gruppo.

Se la funzione della prescrizione in disamina risulta lampante, non altrettanto può dirsi per l'identità ed i connotati degli specifici criteri che il Giudice sarà tenuto – o, comunque, abilitato – ad impiegare nel censire l'adeguatezza dell'attore a condurre l'azione di classe.

Difatti, un simile giudizio non può che concentrarsi sulle capacità professionali, la competenza specifica e le risorse finanziarie possedute dai legali incaricati dall'attore di gestire la controversia, aprendo le porte ad un sindacato largamente discrezionale e, verosimilmente, in insanabile conflitto con i principi correlati al diritto di difesa, quali la libertà della parte di scegliere il proprio avvocato di fiducia e di adottare la strategia processuale ritenuta preferibile.

¹⁶⁴ Non mancano, tuttavia, voci dottrinali che ipotizzano la natura meramente rafforzativa della regola in parola rispetto alla disciplina contro il conflitto d'interessi, escludendo che l'attore possa essere chiamato a dimostrare, in positivo, il possesso di strumenti adeguati al raggiungimento dell'obiettivo collettivo auspicato (P. FIORIO. *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in www.ilcaso.it, documento n. 172/2009).

È legittimo chiedersi se l'adeguatezza dell'attore possa diagnosticarsi sulla capacità del medesimo di raccogliere attorno a sé una classe di consumatori e di utenti sufficientemente numerosa e, in particolar modo, di attrarre il consenso dei soggetti che lamentino i danni più ingenti¹⁶⁵. Naturalmente, il successo dell'azione di classe, a voler seguire la suesposta interpretazione, sarebbe strettamente legato alla intensità ed alla consistenza dei mezzi pubblicitari e, conseguentemente, alla capacità finanziaria dell'attore di fornire al processo una ampia risonanza mediatica, onde per cui, anche in quest'ottica, la solidità economica dell'attore o dei suoi difensori risulterebbe determinante¹⁶⁶.

Valga puntualizzare, però, che, nell'ipotesi in cui il proponente abbia agito a mezzo di un ente collettivo, sarà quest'ultimo a dover essere sottoposto al giudizio di adeguatezza economica e finanziaria, a prescindere dalla natura e dal contenuto degli ipotetici accordi interni intervenuti con l'attore.

Sarebbe paradossale, infatti, la pretesa che, per proporre l'azione di classe, il consumatore, soggetto debole per antonomasia, debba personalmente disporre proprio di quella solidità e consistenza patrimoniale per la quale, di norma, si rivolge alle associazioni di categoria¹⁶⁷.

Anzi, l'onere, imposto all'attore di dimostrare la propria capienza finanziaria e, in particolar modo, la capacità di provvedere personalmente all'attuazione degli incombenti pubblicitari, dissuaderebbe, ancor più di quanto avviene nelle azioni ordinarie, la proposizione di domande giudiziarie avverso danni di microscopiche dimensioni economiche¹⁶⁸.

¹⁶⁵ F. PORCARI. *Aporie ricostruttive e qualche punto fermo nella 'certification' dell'azione di classe*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, 5, 1628.

¹⁶⁶ La prima pronuncia di inammissibilità dell'azione di classe per inadeguatezza dell'attore a curare gli interessi della classe è stata argomentata proprio alla stregua della pacifica impossibilità dell'attore di anticipare le spese necessarie per l'attuazione degli adempimenti pubblicitari che il Tribunale avrebbe dovuto prescrivere ai sensi del comma IX dell'art. 140-bis (Tribunale di Torino, 07.04.2011, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 2, 367).

¹⁶⁷ A.D. DE SANTIS. *Spunti in tema di processo di classe*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 7.

¹⁶⁸ Per l'analisi comparatistica delle esperienze straniere, soprattutto in ordine alle problematiche inerenti alla allocazione dei costi di gestione della lite, vedasi: A. GIUSSANI. *Studi sulle class action*, pag. 80. Padova, 1996.

D'altro canto, se così non fosse, non si coglierebbe la ragione sottesa all'attribuzione, in favore del proponente, del potere di avvalersi di un ente esponenziale, che, quantomeno nella massima parte dei casi, viene interpellato proprio per sopperire all'incapacità dell'attore di anticipare integralmente le spese di lite¹⁶⁹.

Peraltro, la nozione di adeguatezza, riferita al proponente, potrebbe costituire oggetto di un'interpretazione sistematica, ossia da individuarsi – non soltanto con riguardo alle risorse patrimoniali possedute, bensì pure – nell'attitudine del medesimo a provocare la costituzione di una classe di aderenti tanto estesa da dimostrare, da un lato, che l'illecito lamentato si è effettivamente verificato e, dunque, la domanda non è manifestamente infondata, nonché, dall'altro, che, da tale evento lesivo sono derivati pregiudizi in capo ad una pluralità di soggetti, con conseguente omogeneità dei diritti ivi rivendicati.

In questo senso, quindi, l'adeguatezza del proponente, determinando la creazione di una classe notevolmente ampia, rappresenterebbe altresì una conferma della sussistenza dei rimanenti presupposti d'ammissibilità dell'azione di classe.

Tuttavia, è facile obiettare come la coerenza di tale impostazione implichi che il giudizio d'ammissibilità sia effettuato successivamente alla maturazione del termine per la presentazione degli atti d'adesione, ossia quando è possibile valutare, in termini concreti, l'effettivo assortimento della classe¹⁷⁰.

Peraltro, tale osservazione conserva, in ogni caso, la propria validità, nella misura in cui, a seguito del positivo esperimento del giudizio di ammissibilità,

¹⁶⁹ Ha specificato, a questo riguardo, la giurisprudenza che si è pronunciata sulla possibilità per l'attore di dimostrare la propria adeguatezza attraverso la situazione dell'associazione rappresentativa cui si è affidato:

“Proprio per soccorrere a tale eventuale inadeguatezza è stata prevista dalla legge la possibilità di esercitare l'azione attraverso associazioni rappresentative alle quali il consumatore componente della classe, in ipotesi non in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe, può dare mandato” (Corte d'Appello di Torino, sez. I, 07.04.2011, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 2, 367).

¹⁷⁰ M. BOVE. *Profili processuali dell'azione di classe*, in www.judicium.it.

l'azione introitata dall'attore non riceva alcuna adesione, rendendo, di fatto, impossibile la prosecuzione del giudizio collettivo¹⁷¹.

Occorre domandarsi, al riguardo, quali possano essere le sorti di tale giudizio, il quale, in difetto di qualunque indicazione legislativa, potrebbe considerarsi estinto per sopravvenienza di una causa (implicita) d'inammissibilità, ovvero proseguire nelle forme e nel rispetto delle regole proprie di qualunque azione individuale.

Per scongiurare i suesposti inconvenienti, si è prospettata l'opportunità di percorrere un'interpretazione correttiva della norma, ipotizzando che la pronuncia d'ammissibilità dell'azione implichi la sussistenza del requisito della cd. *numerosity*, della quale l'attore dovrebbe fornire una prova indiziaria nella fase preliminare e che dovrebbe essere definitivamente appurata successivamente all'esaurimento delle adesioni¹⁷².

Un processo con pochi aderenti, infatti, condurrebbe alle stesse inaccettabili conseguenze della ammissione di un'azione manifestamente infondata, ossia il sacrificio del diritto di tutti i cittadini a promuovere giudizi collettivi per le medesime causali sull'altare di un'azione priva di speranze di successo, ovvero rivolta a beneficio di una ristretta cerchia di interessati. A questo proposito, si è eloquentemente evidenziato che *“solo in presenza di un numero elevato di diritti identici, valutazione, questa, da svolgere non in assoluto, ma relativamente ad un determinato mercato di riferimento, nonché della prognosi di elevata partecipazione dei singoli alla domanda proposta, è giustificato il ricorso alla tutela collettiva dei diritti soggettivi, anziché la loro deduzione mediante giudizi individuali”*¹⁷³.

¹⁷¹ I. PAGNI. *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 367.

¹⁷² M. GORGONI. *L'ammissibilità dell'azione di classe tra punti fermi ed ambiguità*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 1102.

¹⁷³ S. MENCHINI – A. MOTTO. *Art. 140-bis*, in www.judicium.it.

Senza tralasciare di considerare, poi, che il potenziale aderente – quantomeno sotto il profilo psicologico, fortemente importante nella dinamica dell’azione in parola – può trovare nella numerosità della classe un forte incentivo a parteciparvi, sicché appare opportuno, perlomeno *de iure condendo*, che il giudizio d’ammissibilità tenga in considerazione anche la cd. *numerosity* del gruppo e, dunque, possa essere reiterato al termine delle adesioni.

Giova puntualizzare, infine, come il requisito in esame sia stato scarsamente indagato dalla giurisprudenza stratificatasi sulle azioni di classe già esperite, in quanto le stesse, nella quasi totalità dei casi, sono state promosse dalle associazioni rappresentative degli utenti più rinomate sul territorio nazionale e, dunque, certamente dotate di notevole credibilità e di indiscutibili garanzie finanziarie¹⁷⁴.

¹⁷⁴ M. SACCHI. *Nuova class action: tra tutela dei diritti soggettivi omogenei ed interessi a valenza collettiva*, in www.altalex.com.

1.4. L'OMOGENEITÀ DEI DIRITTI INDIVIDUALI RIVENDICATI.

L'omogeneità dei diritti individuali di cui si chiede protezione rappresenta, senz'altro, il requisito d'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 legislatore¹⁷⁵.

Si tratta, per un certo verso, di una condizione inevitabile, atteso che un processo coinvolgente i diritti spettanti ad una pluralità di consociati e, in più, non legati, fra di loro, da una forte affinità, sarebbe difficilmente gestibile ed, anzi, a ben vedere, condurrebbe proprio a quell'appesantimento procedurale che l'azione di classe intende prevenire.

D'altro canto, però, una simile pretesa, se interpretata in termini eccessivamente rigorosi, si trasformerebbe in un micidiale strumento, a disposizione delle imprese, per paralizzare ogni iniziativa di classe, posto che le situazioni giuridiche, proprio in quanto soggettive, non possono che differenziarsi fra di loro e, conseguentemente, anche una perfetta corrispondenza fra le varie lesioni arrecate alle medesime ben difficilmente potrebbe rinvenirsi, soprattutto nelle controversie caratterizzate da una particolare ampiezza della classe.

A questo proposito, va evidenziato come, anteriormente alla novella del 2012, si confrontassero, in giurisprudenza, due orientamenti interpretativi circa il concreto significato da attribuirsi al concetto di identità.

Secondo un primo indirizzo, l'unica differenza fra i diritti che la conformazione dell'azione di classe poteva tollerare avrebbe riguardato il *quantum* del risarcimento dei danni, se non altro perché, altrimenti, azioni diverse rispetto alla domanda di restituzione del prezzo del prodotto acquistato o del

¹⁷⁵ Così: F. AMBROSIANI, *Class action italiana per la tutela dei consumatori*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2010, 2, 275.

servizio ricevuto¹⁷⁶ sarebbero state sostanzialmente escluse dalla disciplina in parola¹⁷⁷.

Illuminante, al riguardo, appare l'incedere argomentativo seguito dalla Corte d'Appello di Roma, che può reputarsi uno dei principali assertori di tale indirizzo ermeneutico¹⁷⁸, secondo cui il procedimento delineato dall'art. 140-bis avrebbe natura bifasica e sarebbe composto:

¹⁷⁶ In realtà, anche in questo caso, a ben vedere, l'aspetto quantitativo delle prestazioni pecuniarie di cui si chiede la condanna al pagamento non sarebbe necessariamente identico, ben potendo variare la misura delle componenti accessori, quali interessi legali e maggior danno *ex art.* 1224, comma II, c.c..

¹⁷⁷ L'ipotesi estrema secondo cui anche la posta risarcitoria, riconosciuta a ciascuno degli aderenti, dovrebbe essere identica è confutata anche sul piano letterale, dalla declinazione al plurale del sostantivo "somme" e dell'aggettivo "definitive", menzionati al comma XII.

¹⁷⁸ Spiegava, sul punto, il Collegio capitolino:

“Posto dunque che l'azione di classe deve mirare ad un esito necessariamente condannatorio, sia perché il primo comma dell'articolo 140-bis ne consente l'impiego per l'accertamento della responsabilità e, congiuntamente, per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni, sia perché il dodicesimo comma della stessa disposizione prevede che il tribunale, se accoglie la domanda, 'pronuncia sentenza di condanna', ritiene la corte che di identità di diritti, quale requisito di ammissibilità dell'azione di classe, possa discorrersi soltanto laddove le singole posizioni dei ricorrenti e dei possibili aderenti alla classe siano identiche sotto il profilo dell'an, rimanendo confinato alla successiva fase di merito:

- *per un verso l'unico ed unitario accertamento del 'se' della pretesa, al fine di verificare se quanto valutato nell'ottica del si vera sint exposita corrisponda effettivamente al vero;*
- *per altro verso, l'accertamento eventualmente diversificato del solo quantum dovuto a ciascuno, sia attraverso il ricorso alla liquidazione equitativa, sia attraverso l'applicazione di rigidi e predeterminati criteri oggettivi di calcolo.*

Sussiste allora il requisito dell'identità di diritti qualora, fermo l'accertamento concernente la condotta dannosa ed il nesso di causalità tra la stessa ed il danno, gli accertamenti da compiere in via istruttoria in ordine alla posizione dei singoli ricorrenti o aderenti alla classe, nella seconda fase del giudizio, sia circoscritta al solo profilo del quantum: nello stesso rapporto – se è consentita la similitudine, pure assai approssimativa, data l'unitarietà del giudizio introdotto con l'azione di classe, sebbene scandito in duplice fase – che si istituisce tra la sentenza non definitiva di condanna generica e la sentenza definitiva che provvede soltanto sul quantum e che, sotto tale aspetto, può richiedere ulteriori accertamenti e condurre non solo all'accoglimento, ma anche al definitivo rigetto della domanda pur fondata nell'an.

Così, volendo ricorrere ad un esempio, sarebbe in astratto ammissibile un'azione di classe con cui si lamentasse l'abusività della commissione di massimo scoperto (questa, a quanto consta, è la prima delle azioni di classe proposta dinanzi al tribunale di Torino, risoltasi con una pronuncia di inammissibilità, ma per ragioni peculiari), nella misura in cui l'abusività della clausola prima scrutinata in astratto fosse poi riscontrata tale per tutti i correntisti di una determinata banca e fosse altresì idonea a determinare una perdita patrimoniale quantificabile secondo criteri predeterminati: il che, peraltro, potrebbe nondimeno comportare il rigetto della domanda concernente la posizione del singolo ricorrente-aderente all'esito dello scrutinio, verificato sulla base di criteri di calcolo predeterminati, dell'effettiva applicazione della commissione in conseguenza del mancato utilizzo dell'affidamento”.

- da una prima fase, necessaria, dedicata all'unitario accertamento dei fatti costitutivi allegati dall'attore e della loro rilevanza giuridica;
- da una seconda fase, soltanto eventuale, deputata alla singolare quantificazione dei danni subiti da ciascun aderente, da attuarsi o sulla base delle specifiche acquisizioni probatorie ovvero alla stregua dei criteri equitativi di calcolo definiti nella sentenza conclusiva dell'azione collettiva.

La Corte, per esemplificare la propria posizione, fa riferimento proprio al primo processo di classe celebratosi in Italia, nel quale, se fosse stato superato il filtro d'ammissibilità, a dire del Collegio, la sentenza terminale del giudizio collettivo avrebbe dovuto accertare l'effettiva applicazione della commissione di massimo scoperto e la sua illegittimità, mentre il successivo giudizio avrebbe dovuto quantificare i danni arrecati a ciascun risparmiatore, danni che, in ipotesi, avrebbero potuto anche non esistere, ove, ad esempio, la clausola nulla, per le più varie ragioni, non fosse stata concretamente applicata.

Tale opinione, nettamente dominante in giurisprudenza¹⁷⁹, non veniva condivisa da talune isolate pronunce, le quali, mostrando una certa sensibilità verso le sollecitazioni provenienti dalla dottrina, riducevano il richiamo legislativo all'identità dei diritti al concetto di omogeneità fra le varie questioni, di fatto e di diritto¹⁸⁰, che il Giudice avrebbe dovuto analizzare per poter statuire sulle posizioni dei singoli componenti della classe¹⁸¹.

¹⁷⁹ In dottrina, si consulti: R. POLI. *Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, 38.

¹⁸⁰ Infatti, la letteratura giuridica evidenziava come l'impiego del termine "identità", con riguardo ai diritti soggettivi dovesse considerarsi improprio, non potendo mai configurarsi, neppure in astratto, una piena corrispondenza fra soggetti ed oggetto del diritto (G. CONTE. *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in www.judicium.com).

¹⁸¹ Asseriva saggiamente il Giudice torinese:

"L'identità dei diritti individuali tutelabili non deve essere, infatti, intesa secondo un improprio 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,

I predetti arresti di diritto pretorio, tuttavia, pur discostandosi dalle severe posizioni assunte dalla giurisprudenza maggioritaria, non sembrano approfondire la problematica in argomento con la dovuta analiticità, a differenza della letteratura giuridica, in seno alla quale sono state enucleate numerose chiavi di lettura del riferimento legislativo alla identità dei diritti individuali.

Gli sforzi più innovativi provenivano dalle autorevoli voci dottrinali propense a ritenere integrata l'identità dei diritti allorché l'illecito commesso dall'impresa, benché lesivo di una pluralità di individui, presentasse caratteristiche analoghe ovvero si traducesse nella violazione delle medesime norme comportamentali¹⁸².

Secondo un'altra – e, in un certo senso, complementare suggestione interpretativa – la norma avrebbe preteso la sussistenza, presso l'intera platea degli aderenti, di un “*identico interesse alla rimozione degli effetti dannosi di una stessa condotta*”¹⁸³.

Più in generale, si ventilava che l'azione di classe fosse esperibile laddove l'accertamento dei diritti rivendicati, con riferimento sia all'*an*, che al *quantum*, presupponesse la risoluzione delle medesime questioni, di fatto o in diritto, o, quantomeno, che le problematiche comuni fossero largamente preponderanti nel contesto globale del giudizio.

Ci si chiedeva, in codesta prospettiva, se, nel compimento di tale valutazione, dovesse farsi riferimento a tutti gli elementi costitutivi della

individuata nell'applicazione della commissione di scoperto di conto dopo il 15 agosto 2009” (Corte d'Appello di Torino, sez. I, 23.01.2011, in *Foro italiano*, 2011, 12, I, 3422).

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 *Corriere Giuridico*, 2013, 1, 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.

¹⁸² C. SCOGNAMIGLIO. *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 3, 501B; G. ALPA. *L'articolo 140-bis del Codice civile del Consumo nella prospettiva del diritto privato. Prime note*, in *Economia diritto terziario*, 2010, 10.

¹⁸³ F. SANTANGELI – P. 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, 29 aprile 2010.

fattispecie ossia soltanto a quelli controversi, potendo, in questa evenienza, considerarsi identici o, comunque, omogenei diritti che, in termini astratti, sarebbero radicalmente diversi¹⁸⁴.

Tutte le predette proposte interpretative sottolineavano che, persino nei modelli informati all'*opt-out* (in cui l'esigenza di omogeneità è ben più accentuata rispetto al nostro, estendendosi il giudicato su tutti i soggetti che non si sono espressamente dissociati dalla classe), un certo grado d'eterogeneità fra le varie situazioni è comunque tollerata, circoscrivendosi le pretese d'uniformità alla sola *causa petendi* ed alla natura del diritto sostanziale fatto valere; a maggior ragione, si osservava, un sistema caratterizzato dal meccanismo dell'*opt-in* avrebbe potuto permettersi una valutazione dell'omogeneità dei diritti più elastica e meno formalista, analizzando tale requisito alla luce delle esigenze di economia processuale, con speciale riguardo alla concentrazione della fase istruttoria¹⁸⁵.

In sostanza, già prima della riforma del 2012, era diffusa, quantomeno presso i pulpiti dottrinali, l'opinione secondo la quale l'identità dei diritti individuali, essendo stata richiesta al fine di garantire la celerità e la semplicità del giudizio collettivo, dovesse riguardare soltanto quegli aspetti talmente significativi da imporre specifici accertamenti giudiziali e, conseguentemente, un significativo accrescimento dei tempi del giudizio.

Parimenti, si era evidenziato come la comparazione dei diritti dovesse compiersi allo stato degli atti, se non, addirittura, sulla base delle mere allegazioni dell'attore, in quanto, altrimenti, il Collegio sarebbe stato costretto ad indulgere in approfondimenti e ad accertamenti propri della fase a cognizione piena e, in ogni caso, suscettibili di comprometterne, anche solo a livello inconscio, la completa imparzialità e terzietà¹⁸⁶.

¹⁸⁴ L'interrogativo è sollevato da: S. MENCHINI – A. MOTTO. *Art. 140-bis*, in www.judicium.it.

¹⁸⁵ G. BRUZZONE. *Il ruolo dell'azione di classe nel sistema: alcune riflessioni*, in *Atti del XXV Convegno di Studio Adolfo Beria di Argentine sui problemi attuali di diritto e procedura civile del Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale*, tenutosi a Courmayeur, 1-2 ottobre 2010.

¹⁸⁶ M. GUERNELLI. *La nuova azione di classe: profili processuali*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2010, 3, 917.

Il vaglio preliminare, in altre parole, non avrebbe potuto spingersi oltre una disamina (sommaria) di stretta legalità, volto ad appurare l'isomorfismo dei diritti soggettivi per i quali l'attore chiedeva la tutela di classe, evitando, in questo modo, il rischio che la sentenza definitiva si riducesse ad una sorta di duplicato dell'ordinanza sull'ammissibilità.

Alla luce di tali premesse, non può che ricevere un plauso la scelta del legislatore di sostituire la precedentemente richiesta identità dei diritti individuali con il più malleabile parametro della omogeneità.

Tale riforma, peraltro, sembra creare una sorta di connessione virtuale fra l'omogeneità dei diritti che deve connotare i membri della classe ed i criteri omogenei di liquidazione del pregiudizio che il Giudice può elaborare per favorire la determinazione della posta risarcitoria concretamente spettante a ciascuno degli aderenti.

Alla luce di ciò, può ragionevolmente sostenersi che i crediti individuali, ai fini dell'ammissibilità dell'azione, possono considerarsi omogenei se, nell'ipotesi in cui ne sia positivamente accertata l'esistenza, il *quantum* possa essere stabilito alla stregua di criteri predefiniti e, più precisamente, senza necessità di ricorrere ad una specifica attività istruttoria.

In altre parole, se il requisito dell'omogeneità dei diritti soggettivi è funzionale a garantire la trattazione rapida ed unitaria dell'azione di classe, allora è lecito affermare che tale scopo può considerarsi raggiunto qualora la diversità fra le posizioni dei vari aderenti non impediscano di liquidare i pregiudizi dagli stessi patiti sulla base di criteri individuabili secondo criteri generali, senza necessità di ricorrere all'assunzione di prove costituende, le quali, ovviamente, non potrebbero che appesantire il corso del giudizio.

Nel solco di questa impostazione, si è ritenuto che la sentenza di condanna collettiva costituisca titolo esecutivo a beneficio di tutti i consumatori coinvolti, ancorché il calcolo della somma dovuta a ciascuno di essi richieda operazioni di mero calcolo aritmetico. Infatti, a voler diversamente argomentare, ossia se

l'utente, una volta concluso il processo di classe, dovesse intentare un giudizio individuale per la quantificazione del danno, l'azione di classe verrebbe notevolmente depotenziata ed, anzi, diventerebbe quasi penalizzante rispetto agli ordinari rimedi di cui il consociato dispone¹⁸⁷.

Sembra opportuno precisare, poi, una differenza, piuttosto significativa, sussistente fra i requisiti della non manifesta infondatezza e l'omogeneità dei diritti individuali azionati.

Infatti, mentre la verifica del primo può compiersi unicamente sulla base di quanto asserito dall'attore, nel senso di ritenere la domanda non manifestamente infondata ogniqualvolta i fatti allegati, se dimostrati, condurrebbero ad una pronuncia favorevole alla classe, il secondo, incidendo sull'esistenza stessa della classe, deve essere concretamente vagliato dal Giudice – nonché provato dal proponente, ancorché in misura embrionale – sin dalla fase preliminare, non sussistendo, in difetto, motivi per promuovere nelle forme del giudizio collettivo una domanda che ben potrebbe essere proposta con il rito individuale¹⁸⁸.

Da un'altra angolatura, può rilevarsi come gli adempimenti di carattere pubblicitario implichino l'effettiva esistenza, nel tessuto sociale, di un corpo di consumatori o di utenti definibili come classe e, conseguentemente, i relativi accertamenti devono essere compiuti sin dal principio, anche al fine di evitare che l'azione di classe sia abusivamente adottata dai consociati come strumento di ricatto per ottenere un più rapido e soddisfacente ristoro dei propri diritti individuali.

Fermo restando, comunque, che ogni deliberazione effettuata in seno al giudizio d'ammissibilità è suscettibile di ripensamento al momento della pronuncia della sentenza definitiva, in ragione dell'inidoneità degli accertamenti contenuti nelle ordinanze ad acquisire l'autorità di cosa giudicata¹⁸⁹.

¹⁸⁷ A. FRIGNANI – P. VIRANO. *L'azione di classe italiana. Effetti (e rimedi) nel rapporto tra banche e clienti*, in *Judicium*, 14.05.2010.

¹⁸⁸ R. DONZELLI. *L'azione di classe tra pronunce giurisprudenziali e recenti riforme legislative*, in *Corriere giuridico*, 2013, 1, 103.

¹⁸⁹ Così: Corte d'Appello di Milano, 26.08.2013, in *Foro italiano*, 2013, 11, I, 3326.

Da ultimo, merita segnalare il tentativo, operato soprattutto con riferimento alle pratiche commerciali scorrette, di interpretare in maniera creativa l'art. 140-*bis*, sino al punto da permettere al Giudice di differenziare in sottoclassi le posizioni dei singoli aderenti, soprattutto nel caso in cui dallo stesso evento lesivo (ad esempio, pubblicità ingannevole) siano derivati pregiudizi di natura e di gravità differente a seconda del soggetto che ne è rimasto vittima (danni alla salute, vacanza rovinata, nocuenti meramente economici, etc...) ¹⁹⁰.

¹⁹⁰ M. LIBERTINI. *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Rivista di diritto industriale*, 2011, 4-5, 147.

2. LA DECISIONE SULL'AMMISSIBILITÀ DELL'AZIONE DI CLASSE.

Si è già chiarito che la previsione del giudizio preliminare di ammissibilità, lungi dal rappresentare una mera scelta di convenienza effettuata dal legislatore italiano, è sostanzialmente imposta dalla natura e dalle funzioni caratteristiche dell'azione di classe, la quale non può essere pretestuosamente impiegata dal singolo per capire all'impresa convenuta un risarcimento del danno non dovuto o, comunque, accordi transattivi particolarmente favorevoli.

Il superamento del vaglio d'ammissibilità rappresenta, in sostanza, l'attestazione giudiziale circa l'idoneità della domanda formulata dall'attore a soddisfare (o, perlomeno, a perseguire) diritti ed interessi – non meramente individuali, ma – comuni ad un'intera (e preferibilmente estesa) categoria di consumatori o di utenti: la *ratio legis* sottesa a tutti i requisiti descritti nel precedente paragrafo, infatti, ben può ricondursi all'esigenza di verificare che il proponente disponga dei mezzi (tecnici, giuridici e finanziari) per – e sia animato dall'intento di – realizzare le aspettative degli aderenti.

È facilmente comprensibile, alla luce di tali considerazioni, il motivo per cui l'art. 140-*bis* impone che tale disamina sia compiuta alla prima udienza (da intendersi quale udienza di prima comparizione e di trattazione), possa giustificare la sospensione del giudizio in attesa del giudizio dell'autorità amministrativa indipendente o del giudice amministrativo interpellati su fatti rilevanti ai fini della decisione¹⁹¹ e, in ogni caso, sia decisa con un provvedimento immediatamente impugnabile¹⁹².

¹⁹¹ Il comma VI recita testualmente:

“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”.

¹⁹² Il comma VII espressamente dispone:

“L'ordinanza che decide sulla ammissibilità è reclamabile davanti alla corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore. Sul reclamo la corte d'appello decide con ordinanza in camera di consiglio non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il reclamo dell'ordinanza ammissiva non sospende il procedimento davanti al tribunale”

Sussiste, infatti, la necessità che il provvedimento emesso, ancorché, se positivo, modificabile o revocabile con la sentenza definitiva, goda di un certo grado di stabilità e, se ritenuto opportuno, tenga in considerazione del giudizio – non vincolante, ma sicuramente importante e persuasivo – emesso da altre Autorità chiamate a decidere sulle medesime questioni.

2.1. LE CAUSE DI SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO SPECIFICAMENTE PREVISTE IN MATERIA DI *CLASS ACTION*.

Quanto al potere di sospensione del processo, particolarmente calzante nelle cause inerenti la violazione di diritti omogenei per mano di contegni anticoncorrenziali, è doveroso chiedersi se l'acquisizione degli atti relativi all'istruttoria svoltasi innanzi all'Authority o al Giudice Amministrativo consenta al Collegio di giudicare sulla base di elementi fattuali non ritualmente allegati e dimostrati dalle parti, derogando, in questo modo, alla regola *iudex iuxta alligata et probata iudicare debet*.

Potrebbe, infatti, verificarsi il caso in cui una domanda, fondata su allegazioni talmente carenti e lacunose da renderla manifestamente infondata, acquisisca sostanza e robustezza concettuale grazie agli elementi provenienti dall'istruttoria celebratasi *aliunde*.

Tuttavia, non sussistendo alcuna base testuale per ipotizzare che il processo di classe, in deroga all'ordinario modello dispositivo, sia ispirato al principio inquisitorio, appare preferibile ritenere che il Collegio possa mutuare dagli altri procedimenti soltanto le argomentazioni di carattere giuridico o, comunque, l'interpretazione e la ricostruzione del fatto storico colà perorata.

In ogni caso, appare legittimo sollevare delle perplessità circa la coerenza del rimedio in parola rispetto agli obiettivi di speditezza e di concentrazione del giudizio perseguiti dall'art. 140-*bis*, che potrebbero risultare frustrati dall'attesa della conclusione di altri procedimenti, nell'ambito dei quali, peraltro, l'attore e gli aderenti potrebbero essere privi di qualsivoglia legittimazione ad interloquire.

È ragionevole attendersi, a questo proposito, che la giurisprudenza opti per un'interpretazione estremamente prudentiale della norma in parola, anche in considerazione della innegabile diffidenza con la quale l'ordinamento si rivolge all'istituto della sospensione, al punto da accordare, avverso le ordinanze di

questo genere, il rimedio del regolamento necessario di competenza *ex art. 42 c.p.c.*.

La fattispecie, comunque, sembra doversi qualificare in termini di sospensione impropria, giacché la questione pregiudiziale da cui può dipendere la decisione della causa (ed in ragione della quale il Collegio sospende il processo), al pari degli incidenti di costituzionalità e dei rinvii alla Corte di Giustizia Europea, non è suscettibile di costituire l'oggetto di un'autonoma azione di accertamento innanzi ai Giudici civili.

2.2. IL CONTENUTO DELL'ORDINANZA PRELIMINARE SULL'AMMISSIBILITÀ.

La legge, poi, disciplina il contenuto specifico dell'ordinanza, la quale non può limitarsi ad esprimersi sull'ammissibilità della domanda, ma deve altresì regolare le spese di lite, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c., nonché disporre l'impiego dei mezzi pubblicitari ritenuti più opportuni, a cura e spese del proponente¹⁹³.

Sorgono, anche a tale proposito, alcune incertezze interpretative, derivanti, in particolar modo, dalla difficoltà di coordinare tale norma con i principi generali disciplinanti lo svolgimento del processo.

Innanzitutto, dal tenore letterale della previsione legislativa sembrerebbe desumersi che la statuizione sulle spese sia assunta in ogni caso e, dunque, anche in ipotesi di dichiarata ammissibilità dell'azione; ipotesi nella quale, invero, tale valutazione potrebbe compiersi, e con maggiore cognizione di causa, unitamente alla sentenza definitiva.

Parimenti, a voler adottare la medesima interpretazione restrittiva, dovrebbe accettarsi concettualmente l'evenienza che l'impresa convenuta sia tenuta a corrispondere le spese processuali relative al giudizio preliminare per il semplice fatto che l'azione ha superato il vaglio preventivo, a prescindere da quanto verrà statuito nel giudizio a cognizione piena.

In secondo luogo, è sensato domandarsi su quali basi il Tribunale possa riconoscere il risarcimento del danno da lite temeraria, se, come insegnato da costante giurisprudenza, lo stesso non può automaticamente desumersi dalla lampante infondatezza dell'azione, ma richiede inderogabilmente la dimostrazione del pregiudizio sofferto dalla parte vincitrice¹⁹⁴, dimostrazione che, ovviamente,

¹⁹³ L'art. 140-bis, comma VIII, stabilisce:

“Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile, e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente”.

¹⁹⁴ È noto, infatti, che *“la liquidazione del danno da responsabilità processuale aggravata, ex art. 96 c.p.c., ancorché possa effettuarsi anche d'ufficio, postula pur sempre la prova gravante sulla parte che chiede il risarcimento sia dell'an che del quantum debeatur, o almeno la concreta*

potrebbe richiedere l'assunzione di prove costituende o, quantomeno, l'effettuazione di produzioni documentali, la cui approfondita disamina appare difficilmente compatibile con la sommarietà dell'esame¹⁹⁵.

Sempre in tale contesto, va analizzata la possibilità che sia la parte convenuta la destinataria della condanna *ex art. 96 c.p.c.*, nonostante una simile evenienza sembra cozzare contro la natura del giudizio preliminare, che impone al Giudice di censire soltanto la non manifesta infondatezza della domanda avanzata dall'attore, senza necessità di compiere la medesima valutazione per le difese opposte dall'impresa. Analoghe considerazioni valgono per il dovere del Giudice di ordinare, a cura e spese della parte soccombente, l'attuazione delle misure più opportune per conferire alla pronunciata ordinanza la più ampia visibilità: disposizione, questa, che sembra riguardare il solo provvedimento di rigetto, atteso che, per il caso d'ammissione dell'azione, l'esecuzione della pubblicità è regolata dal comma successivo ed avviene sempre con spese poste provvisoriamente a carico dell'attore, indipendentemente da ogni valutazione

desumibilità di detti elementi dagli atti di causa" (Cassazione civile, sez. I, 09.09.2004, n. 18169, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 9).

¹⁹⁵ È bene specificare, però, come la giurisprudenza offra un'interpretazione piuttosto attenuata dell'onere della prova gravante, in materia di responsabilità da lite temeraria, sul richiedente, argomentando che "la domanda di cui all'art. 96 c.p.c. presuppone pur sempre la prova, da parte dell'istante, sia dell'an che del quantum debeatur e comunque, pur essendo la liquidazione, per espressa previsione, effettuabile d'ufficio, tali elementi devono essere in concreto desumibili dagli atti di causa perché il giudice possa procedere alla quantificazione del pregiudizio da ristorare. Anche la facoltà di liquidazione equitativa del danno, infatti, deve essere letta alla luce dei criteri generali di cui agli artt. 1226 e 2056 c.c., che impongono al danneggiato di allegare almeno gli elementi di fatto posti a supporto della propria pretesa risarcitoria, anche a fronte di pregiudizi di difficile o impossibile quantificazione economica. La facoltà di liquidazione equitativa, in altri termini, non trasforma il risarcimento per lite temeraria in una pena pecuniaria, né in un danno punitivo disancorato da qualsiasi esigenza probatoria, restando esso connotato dalla natura riparatoria di un pregiudizio effettivamente sofferto. Una conferma di tale impostazione teorica si rinviene nell'art. 45, comma 12, della l. 18 giugno 2009, n. 69, il quale ha aggiunto un terzo comma all'art. 96 c.p.c., introducendo una vera e propria pena pecuniaria, indipendente sia dalla domanda di parte, sia dalla prova del danno causalmente derivato alla condotta processuale dell'avversario. La norma da ultimo citata, infatti, non ha natura meramente risarcitoria, bensì sanzionatoria, avendo essa introdotto nell'ordinamento una forma di danno punitivo diretto a scoraggiare l'abuso del processo e degli strumenti forniti dalla legge alle parti. Essa, quindi, mira a colpire le condotte contrarie al principio di lealtà processuale nonché quelle suscettibili di ledere il principio di rilevanza costituzionale della ragionevole durata del giudizio e proprio in forza degli interessi pubblicistici che mira a realizzare è attivabile d'ufficio, senza la richiesta della parte e senza che quest'ultima dimostri di aver subito un danno alla propria persona o al proprio patrimonio in conseguenza del processo" (Tribunale di Bari, sez. III, 10.09.2012, n. 2807, in *Giurisprudenzabarese.it*, 2013).

legata alla determinazione della parte soccombenza. Peraltro, la precisazione sembra svolgere una funzione di carattere meramente rafforzativo, atteso che l'art. 120 c.p.c., nella versione novellata dall'art. 45, comma XVI, della legge 18.06.2009, n. 29, individua esplicitamente la pubblicazione della sentenza quale strumento per la riparazione in forma specifica del danno da lite temeraria¹⁹⁶.

Appare applicabile ad entrambi i contendenti, invece, l'art. 96, comma III, c.p.c., il quale, alla stregua di una clausola piuttosto elastica, permette al Giudice di irrogare, anche d'ufficio, una sorta di pena privata a carico della parte che si renda responsabile di contegni contrari ai doveri di lealtà e di probità processuali di cui agli artt. 88 e 89 c.p.c..

Peraltro, la statuizione in questione, costituendo espressione di una valutazione resa – non già sulle allegazioni fattuali o ricostruzioni giuridiche delle parti, bensì – sulla correttezza del contegno processuale dalle stesse adottato, non implica l'avvenuta costituzione del contraddittorio, imposto a pena di nullità dall'art. 101 c.p.c. per gli altri tipi di decisione.

Spiegano, infatti, le prime sentenze intervenute sul punto che *“la pronuncia ex art. 96 comma 3 c.p.c. non richiede la preventiva instaurazione del contraddittorio ex art. 101 c.p.c., essendo ‘posterius’ e non ‘prius’ logico della decisione di merito; può essere resa in tutti i procedimenti in cui vengono regolate le spese di lite, ed anche nei confronti del terzo chiamato o del terzo intervenuto; introduce nell’ordinamento una forma di danno punitivo per scoraggiare l’abuso del processo e preservare la funzionalità del sistema giustizia deflazionando il contenzioso ingiustificato, ciò che esclude la necessità di un danno di controparte, pur se la condanna è prevista a favore della parte e non*

¹⁹⁶ Sul collegamento fra le misure di ordine processuale ex art. 120 c.p.c. e l'istituto di reintegrazione in forma specifica ex art. 2058 c.c., si è già espressa la giurisprudenza, per cui *“l’ordine di pubblicazione del dispositivo della sentenza che accerti atti di concorrenza sleale e le modalità in cui esso deve essere eseguito costituiscono esercizio di un potere discrezionale ed insindacabile del giudice del merito, che prescinde dalla stessa individuazione del danno e della sua riparabilità mediante la pubblicazione dell’indicato dispositivo, trattandosi di sanzione autonoma, diretta a portare a conoscenza del pubblico la reintegrazione del diritto offeso”* (Cassazione civile, sez. I, 13.03.2013, n. 6226, in *Giust. civ. Mass.*, 2013).

dello Stato; presuppone il requisito della malafede o della colpa grave, come nel caso dell'art. 96 comma 1 c.p.c.. È teoricamente possibile la coesistenza di una pronuncia di condanna ai sensi dell'art. 96 commi 1 e 3 c.p.c.”¹⁹⁷.

Quanto ai mezzi pubblicitari disposti dal Giudice allo scopo di favorire l'adesione dei consumatori appartenenti alla classe definita dall'attore, essi dovranno essere conformati in maniera tale da intercettare lo specifico bacino d'utenza che, quantomeno sulla base delle allegazioni delle parti, sarebbe stato lambito dal pregiudizio per cui si procede giudizialmente.

È lecito ipotizzare che, nell'ipotesi in cui le modalità promozionali prescritte dal Giudice si rivelino manifestamente inadeguate ovvero non siano correttamente attuate, l'effetto preclusivo di cui al comma 14 non si verifichi, non potendo al consociato sottrarsi il diritto di proporre un'azione di classe, benché, di fatto, impossibilitato ad aderire a quella precedentemente esperita. In altre parole, l'assoluto divieto, imposto al consumatore, di dimostrare la propria incolpevole ignoranza circa l'ammissione della *class action* pare cozzare con il diritto alla prova ed all'effettività della tutela giurisdizionale.

Va rilevato, poi, come l'ordinanza in questione debba presentare due ulteriori connotati, ossia:

- a) la definizione e la precisa rappresentazione dei diritti individuali oggetto del giudizio, con specifica indicazione dei criteri in base ai quali ammettere o escludere l'adesione;
- b) un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione delle pubblicità, entro i quali gli atti di adesione, anche con l'ausilio dell'attore, devono depositarsi presso la cancelleria del Tribunale adito.

Da ultimo, va richiamata l'attenzione sulle conseguenze dell'omissione, nell'ordinanza in questione, del termine entro il quale l'attore ha l'onere di

¹⁹⁷ Tribunale di Reggio Emilia, 25.09.2012, n. 1569, in *Redazione Giuffrè*, 2012.

effettuare i prescritti adempimenti pubblicitari e/o la data dell'udienza per la prosecuzione del processo.

Pare, in questa evenienza, potersi applicare, quantomeno in via d'interpretazione analogica¹⁹⁸, l'art. 289 c.p.c.¹⁹⁹, relativo all'integrazione dei provvedimenti istruttori, la quale previsione normativa, se trasposta all'azione di classe, abiliterebbe il Giudice, su istanza di parte ovvero d'ufficio, a compiere le necessarie correzioni dell'ordinanza entro il termine perentorio di sei mesi dall'udienza in cui la stessa è stata pronunciata ovvero dal momento della comunicazione della stessa, nell'ipotesi in cui il Collegio si sia riservato la decisione. Nel caso in questione, infatti, il carattere meramente ordinatorio dell'ordinanza sull'ammissibilità sembra giustificare l'assimilazione di quest'ultima ai provvedimenti istruttori, perlomeno nei limiti della disciplina circa la correzione di errori materiali o, comunque, l'integrazione di omissioni²⁰⁰: naturalmente, in questa evenienza, il termine per la proposizione del reclamo contro gli elementi aggiunti o integrati dovrebbe considerarsi postergato alla data della comunicazione o della notificazione del provvedimento della modifica.

Non appare, invece, suscettibile d'applicazione analogica l'ancor più agevole meccanismo di cui all'art. 82 delle disposizioni d'attuazione²⁰¹, riferito

¹⁹⁸ Il carattere non eccezionale della norma summenzionata è confermata dalle parole della Suprema Corte, quando insegna che *“la dichiarazione di interruzione del processo, emessa erroneamente per difetto del presupposto richiesto dall'art. 300 c.p.c., non comporta la nullità degli atti successivi del processo, che sia stato proseguito per impulso di una delle parti nel rispetto del contraddittorio con le altre. In tal caso si configura, a seguito dell'omessa fissazione dell'udienza per il prosieguo, una fattispecie equiparabile, in via analogica, a quella prevista dall'art. 289 c.p.c. (che prevede l'integrazione ad istanza di parte dei provvedimenti istruttori che non contengono la fissazione dell'udienza successiva o del termine entro il quale le parti debbono compiere gli atti processuali), con il conseguente onere della parte di richiedere al giudice l'integrazione del provvedimento con la fissazione dell'udienza di prosecuzione della causa”* (Cassazione civile, sez. III, 20.11.2009, n. 24546, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 11, 1619).

¹⁹⁹ Secondo cui:

“I provvedimenti istruttori, che non contengono la fissazione dell'udienza successiva o del termine entro il quale le parti debbono compiere gli atti processuali, possono essere integrati, su istanza di parte o d'ufficio, entro il termine perentorio di sei mesi dall'udienza in cui i provvedimenti furono pronunciati, oppure dalla loro notificazione o comunicazione se prescritte. L'integrazione è disposta dal presidente del collegio nel caso di provvedimento collegiale e dal giudice istruttore negli altri casi, con decreto che è comunicato a tutte le parti a cura del cancelliere”.

²⁰⁰ A. GIUSSANI. *Problemi applicativi nell'ammissione dell'azione di classe*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 11, 2330.

²⁰¹ Ai sensi del quale:

alla sola udienza di prima comparizione e di trattazione e, in ogni caso, previsto con esclusivo riferimento all'impedimento del Giudice Istruttore, senza alcun accenno alla posizione dell'Organo Collegiale.

“Qualora il giudice istruttore designato non tenga udienza nel giorno fissato per la prima comparizione delle parti, questa si intende rinviata d'ufficio alla udienza di prima comparizione immediatamente successiva, assegnata allo stesso giudice.

La stessa disposizione si applica anche nel caso che il presidente abbia designato un giudice diverso da quelli che tengono udienze di prima comparizione nel giorno fissato dall'attore.

Se nel giorno fissato non si tiene udienza d'istruzione per festività sopravvenuta o impedimento del giudice istruttore, ovvero per qualsiasi altro motivo, la causa s'intende rinviata d'ufficio alla prima udienza d'istruzione immediatamente successiva.

Il giudice istruttore può, su istanza di parte o d'ufficio, fissare altra udienza di istruzione, ferme le disposizioni dell'articolo precedente. Il decreto è comunicato dal cancelliere alle parti non presenti alla pronuncia del provvedimento.

Se le parti alle quali deve essere fatta la comunicazione prevista nel primo e nel terzo comma precedenti, o alcuna di esse, non compariscono nella nuova udienza, il giudice istruttore verifica la regolarità della comunicazione e ne ordina, quando occorre, la rinnovazione, rinviando la causa, secondo i casi, all'udienza di prima comparizione immediatamente successiva, ovvero ad altra udienza d'istruzione”.

2.3. IL GIUDIZIO DI RECLAMO.

In merito, invece, al reclamo, giova evidenziare come, secondo la dottrina interrogatasi sul punto, lo stesso rappresenti un gravame puro, ossia sottratto alla regola del *tantum devolutum quantum appellatum*, soprattutto per via del carattere pubblicistico che il vaglio d'ammissibilità tenderebbe a soddisfare, il quale suggerirebbe di assegnare al Giudice il potere di pronunciarsi anche su questioni non specificamente impugnate²⁰². Parimenti, a voler aderire a tale impostazione ermeneutica, si dovrebbe ritenere che, in caso di accoglimento del reclamo, la Corte d'Appello sia tenuta a rimettere la controversia al Tribunale, affinché quest'ultimo ordini all'attore l'adozione, entro il termine perentorio di cui al comma 9, dei più opportuni mezzi pubblicitari, volti a permettere l'adesione dei soggetti portatori di diritti omogenei appartenenti alla classe²⁰³.

È in questo senso che sembra essersi orientata la prima giurisprudenza in materia, la quale, accogliendo i reclami proposti avverso ordinanze dichiarative dell'inammissibilità in ragione della manifesta infondatezza della domanda, delegava il Giudice di prime cure a redigere un nuovo provvedimento preliminare, benché nel rispetto dei principi indicati dalla Corte d'Appello.

Va detto che l'antesignano del mezzo di gravame quivi analizzato pare doversi rintracciare nell'art. 5 della legge 13.04.1988²⁰⁴, inerente la responsabilità

²⁰² G. COSTANTINO. *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro italiano*, 2009, V, 388.

²⁰³ A.D. DE SANTIS. *Spunti in tema di processo di classe*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 7.

²⁰⁴ Per il quale:

“Il tribunale, sentite le parti, delibera in camera di consiglio sull'ammissibilità della domanda di cui all'articolo 2.

A tale fine il giudice istruttore, alla prima udienza, rimette le parti dinanzi al collegio che è tenuto a provvedere entro quaranta giorni dal provvedimento di rimessione del giudice istruttore.

La domanda è inammissibile quando non sono rispettati i termini o i presupposti di cui agli articoli 2, 3 e 4 ovvero quando è manifestamente infondata.

L'inammissibilità è dichiarata con decreto motivato, impugnabile con i modi e le forme di cui all'articolo 739 del codice di procedura civile, innanzi alla corte d'appello che pronuncia anch'essa in camera di consiglio con decreto motivato entro quaranta giorni dalla proposizione del reclamo. Contro il decreto di inammissibilità della corte d'appello può essere proposto ricorso per cassazione, che deve essere notificato all'altra parte entro trenta giorni dalla notificazione del decreto da effettuarsi senza indugio a cura della cancelleria e comunque non oltre dieci giorni. Il ricorso è depositato nella cancelleria della stessa corte d'appello nei successivi dieci giorni e l'altra parte deve costituirsi nei dieci giorni successivi depositando memoria e fascicolo presso la cancelleria. La corte, dopo la costituzione delle parti o dopo la scadenza dei termini per il deposito, trasmette gli atti senza indugio e comunque non oltre dieci giorni alla Corte di

civile dei Magistrati, il quale permette il reclamo, prima, ed il ricorso per cassazione, poi, dei provvedimenti dichiarativi dell'inammissibilità della domanda proposta contro lo Stato. V'è da precisare, però, come la differenza principale fra i due istituti risieda nella circostanza che l'art. 140-*bis*, da un lato, permette il reclamo anche contro le ordinanze ammissive, e, dall'altro, nulla sancisce sulla impugnabilità di quanto statuito in appello.

A questo riguardo, la dottrina si è interrogata sulla possibilità di ammettere, in via interpretativa, la proponibilità del ricorso straordinario per Cassazione *ex art.* 111, comma VII, Cost. avverso l'ordinanza sul reclamo, apprezzando quest'ultima alla stregua di un provvedimento di carattere decisorio.

Naturalmente, tale teoria muove dalla convinzione secondo cui l'art. 140-*bis* introdurrebbe dei veri e propri diritti soggettivi, quali, appunto, il diritto alla tutela collettiva, sicché il provvedimento sull'ammissibilità dell'azione di classe, essendo equiparabile, quantomeno sotto questo specifico profilo, alla sentenza, sarebbe soggetto al ricorso straordinario presso il Giudice di legittimità²⁰⁵.

Può soggiungersi, a sostegno di questa tesi, come l'esperimento azione di classe, esponendo a repentaglio la credibilità e l'immagine commerciale dell'impresa convenuta, incida inevitabilmente su diritti soggettivi e, proprio in quanto tale, non possa sottrarsi al vaglio di legittimità.

Tuttavia, si è autorevolmente obiettato che l'autonomia e l'astrattezza dell'azione rispetto alle pretese materiali con essa rivendicate escluda

cassazione che decide entro sessanta giorni dal ricevimento degli atti stessi. La Corte di cassazione, ove annulli il provvedimento di inammissibilità della corte d'appello, dichiara ammissibile la domanda. Scaduto il quarantesimo giorno la parte può presentare, rispettivamente al tribunale o alla corte d'appello o, scaduto il sessantesimo giorno, alla Corte di cassazione, secondo le rispettive competenze, l'istanza di cui all'articolo 3.

Il tribunale che dichiara ammissibile la domanda dispone la prosecuzione del processo. La corte d'appello o la Corte di cassazione che in sede di impugnazione dichiarano ammissibile la domanda rimettono per la prosecuzione del processo gli atti ad altra sezione del tribunale e, ove questa non sia costituita, al tribunale che decide in composizione interamente diversa. Nell'eventuale giudizio di appello non possono far parte della corte i magistrati che abbiano fatto parte del collegio che ha pronunciato l'inammissibilità. Se la domanda è dichiarata ammissibile, il tribunale ordina la trasmissione di copia degli atti ai titolari dell'azione disciplinare; per gli estranei che partecipano all'esercizio di funzioni giudiziarie la copia degli atti è trasmessa agli organi ai quali compete l'eventuale sospensione o revoca della loro nomina".

²⁰⁵ G. COSTANTINO. *La tutela collettiva risarcitoria. Note a prima lettura dell'art. 140-bis del codice del consumo*, in *Foro italiano*, 2008, V, 17.

l'introduzione, ad opera dell'art. 140-*bis*, di diritti sostanziali *strictu sensu* intesi, come, peraltro, riconosciuto dal primo arresto giurisprudenziale in termini²⁰⁶. Analogamente, si è osservato come la delicatezza della materia incida notevolmente su valutazioni di convenienza e di opportunità, demandate, in quanto tali, alla discrezionalità del legislatore, la cui scelta di non prevedere il mezzo del ricorso per cassazione non sembra potersi censurare sotto il profilo della razionalità *ex art. 3 Cost.*²⁰⁷.

Di converso, si aggiunge che il provvedimento in discorso non possederebbe attitudine al giudicato, non prevedendo l'art. 140-*bis* alcun divieto di riproporre, nella forma dell'azione di classe, azioni già dichiarate inammissibili, ma soltanto quelle che abbiano superato il vaglio preliminare²⁰⁸.

In verità, appare legittimo ipotizzare come anche il provvedimento di inammissibilità della *class action* spieghi il – pur tenue – effetto preclusivo descritto dall'art. 669-*septies* c.p.c., verosimilmente applicabile in via d'interpretazione analogica, ai sensi del quale “*l'ordinanza di rigetto non preclude la riproposizione dell'istanza per il provvedimento cautelare quando si verificano mutamenti delle circostanze o vengono dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto*”. Con la precisazione che, ai fini della facoltà di reiterazione del ricorso, il requisito della sopravvenienza non è richiesto per le nuove ragioni di fatto o di diritto su cui si radica la successiva istanza, con la quale si possono proporre, per la prima volta, argomentazioni già deducibili nel giudizio precedente.

Con le parole della giurisprudenza, “*l'ordinanza di rigetto del ricorso ex art. 669-*septies* c.p.c. non preclude la riproposizione dell'istanza sia sulla base di circostanze preesistenti, ma non dedotte in precedenza, sia di semplici allegazioni*

²⁰⁶ Tribunale di Torino, 04.06.2010, in *Banca borsa titoli di credito*, 2010, 5, II, 610.

²⁰⁷ Così: C. CONSOLO – B. ZUFFI. *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, pag. 192. Padova, 2012.

²⁰⁸ M. GUERNELLI. *La nuova azione di classe: profili processuali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2010, 3, 919.

di ragioni di fatto o di diritto, non ancora proposte ancorché già proponibili, riguardanti gli elementi del ‘fumus boni iuris’ e del ‘periculum in mora’”²⁰⁹.

V'è da considerare, tuttavia, che, se il prezzo della non impugnabilità dell'ordinanza sul reclamo fosse la possibilità per i consumatori di riproporre *ab aeterno* la domanda di classe, allora, per le imprese convenute, verosimilmente, sarebbe preferibile l'esplicita previsione della ricorso per Cassazione, la cui decisione acquisirebbe l'autorità di cosa giudicata e, per l'effetto, impedirebbe definitivamente l'esperimento dell'azione di classe per le medesime causali.

I superiori rilievi sono pienamente condivisi dalla Suprema Corte, la quale, nell'unico precedente in materia, riconosce la stretta correlazione fra la non ricorribilità *ex art. 111 Cost.* dell'ordinanza deliberativa dell'inammissibilità dell'azione di classe, da un lato, e la libera riproponibilità di quest'ultima, dall'altro, non soggetta ad alcun meccanismo preclusivo, sino a che (si ripete) non sia stata dichiarata ammissibile²¹⁰. Si è stabilito così, in quella pronuncia, che,

²⁰⁹ Tribunale di Mantova, 11.04.2002, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, 304.

²¹⁰ Ha motivato, al proposito, il Supremo Collegio:

“L’ordinanza di inammissibilità ex art. 140 bis cod. cons. non impedisce la proposizione dell’azione risarcitoria in sede ordinaria. Ciò che è inibita non è la tutela giurisdizionale di un diritto sebbene la tutela giurisdizionale in una determinata forma di un diritto tutelabile nelle forme ordinarie.

Si tratta di provvedimento analogo a quello di rigetto della ‘domanda d’ingiunzione’, cioè un provvedimento che ‘non pregiudica la riproposizione della domanda anche in via ordinaria’ e, che, quindi, non è ricorribile per cassazione neppure ai sensi dell’art. 111 Cost., in quanto insuscettibile di passare in cosa giudicata.

Si è pure rilevato, in dottrina, che il provvedimento può avere contenuto decisivo, come nell’ipotesi di inammissibilità per manifesta infondatezza e, tuttavia, anche in tali casi, non è definitivo perché anche nell’ipotesi di declaratoria di manifesta infondatezza della domanda, lo stesso soggetto, pur in assenza di elementi sopravvenuti, può proporre una nuova istanza, sia deducendo nuove prove, sia allegando nuovi fatti quantunque già esistenti, sia, più semplicemente, meglio strutturando la domanda, anche solo in punto di diritto.

Invero, come è stato evidenziato in dottrina, l’ordinanza che dichiara o conferma l’inammissibilità dell’azione di classe, essendo fondata su una deliberazione sommaria, non può assumere la stabilità del giudicato sostanziale e non produce l’efficacia preclusiva del dedotto e del deducibile.

Nell’ipotesi di pronuncia di inammissibilità per manifesta infondatezza dei diritti omogenei fatti valere la valutazione del tribunale è operata, oltre che in sede di cognizione sommaria, ai soli fini del giudizio di ammissibilità della domanda di classe, dunque con deliberazione finalizzata a una pronuncia di rito, idonea a condizionare soltanto la prosecuzione di quel processo di classe.

Significativa, in proposito, è la norma di cui all’art. 140-bis, comma 14, secondo la quale ‘non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l’adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9’.

È l’ordinanza di ammissibilità, dunque, che preclude la proposizione della medesima azione di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l’adesione e, a contrario, l’ordinanza di inammissibilità non ne preclude la riproponibilità.

salvo il caso di censure sul regolamento delle spese processuali, l'ordinanza sul reclamo, se di diniego dell'ammissibilità, non è assoggettabile al ricorso straordinario per Cassazione *ex art. 111 Cost.*.

Verosimilmente, però, lo stesso sillogismo non potrebbe reggere nell'ipotesi inversa, ossia nel caso in cui ad essere sottoposta a ricorso straordinario per Cassazione *ex art. 111 Cost.* sia l'ordinanza deliberativa dell'ammissibilità, la quale, ai sensi del comma 14, determina la formazione di un – pur limitato – giudicato²¹¹.

Si pone, inoltre, il problema di individuare il meccanismo attraverso il quale, a seguito dell'accoglimento del gravame, il processo possa riprendere presso il Tribunale.

Astrattamente, possono prospettarsi tre soluzioni:

- a) la riattivazione d'ufficio, del processo da parte del Tribunale, successivamente alla ricezione degli atti provenienti dalla Corte d'Appello²¹²;
- b) l'individuazione, ad opera del Giudice di secondo grado, di un termine perentorio, non superiore ai tre mesi, per la riassunzione della causa, in applicazione analogica dell'art. 50 c.p.c.;
- c) nel caso di proposizione del ricorso per cassazione contro l'ordinanza sul reclamo, l'applicazione del termine semestrale, decorrente dalla comunicazione di quest'ultima, per la riassunzione della controversia.

Come ha evidenziato la dottrina, qui si coglie la differenza con la disciplina dettata dalla legge n. 117 del 1988, art. 5, che prevede espressamente che il provvedimento di inammissibilità sia ricorribile in cassazione, posto che tale disposizione vale proprio ad escludere la libera riproponibilità della domanda dichiarata inammissibile.

Pertanto, l'ordinanza di inammissibilità ex art. 140 bis cod. cons. non implica alcuna decisione definitiva né sull'esistenza del diritto risarcitorio rivendicato dal suo titolare né sulla possibilità di farlo altrimenti valere in giudizio, talché va esclusa l'ammissibilità del ricorso per cassazione, salvo per quel che attiene al capo riguardante la pronuncia sulle spese e sulla pubblicità” (Cassazione civile, sez. I, 14.06.2012, n. 9772, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 6, 793).

²¹¹ In dottrina, vedasi: S. BOCCAGNA. *Una condivisibile pronuncia della Corte di Cassazione sulla non ricorribilità ex art. 111 Cost. dell'ordinanza che dichiara inammissibile l'azione di classe*, in *Rivista di diritto processuale*, 2013, 1, 191.

²¹² S. MENCHINI – A. MOTTO. *L'azione di classe dell'art. 140-bis Codice del Consumo*, in *Leggi civili commentate*, 2010, 1413.

L'opzione maggiormente condivisibile appare la prima, se non altro perché conforme alle esigenze di celerità del processo che guidano l'intera disciplina della *class action*²¹³, come testimoniato, tra i tanti elementi sintomatici, dalla mancata sospensione del processo a cognizione piena durante lo svolgimento del giudizio di reclamo avverso l'ordinanza d'ammissione dell'azione di classe.

Da ultimo, si segnala come il reclamo, ancorché inidoneo a prolungare i tempi del processo ed incidente su questioni essenziali, ai sensi del comma 7, debba essere deciso entro il breve termine di quaranta giorni dal deposito del ricorso presso la Cancelleria della Corte d'Appello.

²¹³ A. GIUSSANI. *Problemi applicativi nell'ammissione dell'azione di classe*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 11, 2330.

3. LA SENTENZA CONCLUSIVA DEL GIUDIZIO.

La decisione, nel merito, della domanda collettiva risarcitoria trova la propria (scarna) disciplina nel comma XII dell'art. 140-*bis*, il quale, in verità, si riferisce alle sole sentenze di accoglimento.

Naturalmente, la regolamentazione della fase decisoria non può che scontare la difficoltà di coordinare il principio dell'integralità del risarcimento del danno, in base al quale dovrebbe riconoscersi a ciascuno degli aderenti una somma di danaro esattamente corrispondente all'entità del pregiudizio sofferto, con le esigenze di speditezza dell'azione che, proprio perché collettiva, non può indugiare nell'analisi delle singole posizioni soggettive.

Tale potenziale conflittualità fra valori contrapposti sembra intelligentemente risolta dalla norma in parola, ove si stabilisce che, in caso di accoglimento delle domande, *“il Tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'art. 1226 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”*.

Si è rilevato, in dottrina, come la formulazione letterale della norma induca a ritenere che il legislatore abbia inteso sottoporre il danno collettivo ad una disciplina diversificata rispetto a quella codicistica, con riguardo sia alla valutazione circa la sussistenza del nesso di causalità fra evento lesivo e danno conseguenza, sia all'onere della prova in riferimento alle precise dimensioni economiche di quest'ultimo²¹⁴.

Infatti, l'applicazione dell'art. 1226 c.c., che, nella lettera dell'art. 140-*bis*, comma XII, sembrerebbe doverosa, parrebbe soppiantare l'art. 1223 c.c., nel senso che i danni emergenti e da lucro cessante sarebbero risarcibili a prescindere che si configurino o meno come la conseguenza immediata e diretta dell'evento lesivo.

²¹⁴ C. SCOGNAMIGLIO. *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 3, 501B.

In altri termini, se, nel giudizio ordinario, il Giudice, al fine di determinare il *quantum* risarcitorio, è tenuto a selezionare i soli danni avvinati da un nesso diretto ed immediato con l'evento pregiudizievole, al contempo giudicando non ristorabili i rimanenti, nell'azione di classe, parrebbe che il Giudice sia invece obbligato ad applicare indistintamente il criterio equitativo, evitando approfondite disamine sul rapporto di causalità giuridica, inevitabilmente condizionato dalle peculiarità delle posizioni dei singoli aderenti.

La soluzione, tuttavia, non appare condivisibile siccome difficilmente armonizzabile con il tessuto costituzionale, non soltanto per via dell'assenza di motivazioni a sostegno di una così manifesta disparità di trattamento, ma anche perché contrastante con il diritto all'azione, che dovrebbe permettere a ciascun consociato, pure se aderente ad un'azione di classe, di provare la fondatezza di tutte le poste risarcitorie rivendicate, senza alcuna decurtazione operata in via equitativa.

È più ragionevole sostenere, invece, che il legislatore, con una disposizione piuttosto ellittica, abbia confermato l'operatività dello strumento di liquidazione equitativa del danno negli stessi limiti di cui all'art. 1226 c.c., in presenza dei quali il Collegio, anziché demandare ai giudizi individuali la determinazione dei singoli pregiudizi, può direttamente procedere alla loro quantificazione, in ossequio a quegli obiettivi di celerità che caratterizzano l'azione di classe.

Si orienta nella stessa direzione la previsione secondo cui, in materia di azioni fruttuosamente esperite contro i gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il Tribunale deve tener conto di quanto riconosciuto a favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte di servizi eventualmente adottate. Anche in tal caso, infatti, i danneggiati non perderanno il diritto di provare un

danno ulteriore, benché, in difetto, il Giudice potrà attenersi alle indicazioni fornite dai codici emanati dai convenuti medesimi²¹⁵.

La possibilità di completare allo stato degli atti il procedimento di liquidazione del pregiudizio patito da ciascuno degli aderenti influisce sul contenuto della sentenza, la quale potrebbe assumere una triplice fisionomia²¹⁶, ossia:

- a) una condanna individuante il *quantum* risarcitorio, impiegabile quale titolo esecutivo sia dall'attore, che dagli aderenti;
- b) una condanna generica assistita dai criteri omogenei di calcolo, magari rafforzata da una provvisoria a vantaggio di tutti i componenti la classe²¹⁷;
- c) un accertamento mero della responsabilità del convenuto.

Nel secondo caso, va rilevato come il legislatore stabilisca un particolare procedimento volto ad attribuire carattere di liquidità al credito genericamente riconosciuto, nonché a conseguire un titolo esecutivo attraverso il quale il consumatore possa soddisfarsi: lo scopo principale è quello di ridurre al minimo il rischio che l'aderente, non avendo ottenuto alcuna quantificazione del proprio credito, debba ricorrere al giudizio individuale²¹⁸.

Il Tribunale, dunque, fissa un termine non superiore a novanta giorni entro il quale le parti possono addivenire ad un accordo che, raccolto nel verbale giudiziale innanzi al Collegio, acquisisce la forza di titolo esecutivo; in difetto d'intesa, su istanza di anche un solo aderente, il Giudice liquida – (si deve ritenere) con sentenza – le somme dovute.

²¹⁵ P. FIORIO. *L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in www.ilcaso.it.

²¹⁶ In questo senso: C. SCOGNAMIGLIO. *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 3, 501B; P. FIORIO. *L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in www.ilcaso.it.

²¹⁷ Per la forte complementarietà fra sentenza generica ex art. 278 c.p.c. e criteri omogenei di calcolo, vedasi: R. POLI. *Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, 1, 38.

²¹⁸ G. AFFERNI. *Recenti sviluppi nell'azione di classe*, in *Contratto e impresa*, 2013, 6, 1275.

Va rilevato, poi, come la sentenza di primo grado non sia immediatamente esecutiva, avendo il legislatore concesso all'impresa soccombente una sorta di "termine di grazia" per la durata di centottanta giorni, orientato, per un verso, ad evitare che la necessità di reperire improvvisamente i mezzi finanziari per il pagamento possa destabilizzare l'impresa²¹⁹, dall'altro, a favorire una soluzione conciliativa, che potrebbe risultare appetibile per la soccombente in ragione della esenzione da ogni diritto ed incremento (ivi compresi gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza) dei pagamenti effettuati in tale lasso temporale²²⁰. Non sono lampanti, tuttavia, le argomentazioni che potrebbero impiegarsi per superare un'ipotetica eccezione di illegittimità costituzionale della previsione normativa in parola.

Decorso il predetto intervallo temporale, è comunque legittimo ipotizzare come la sentenza, anche se espressiva dei soli criteri omogenei di calcolo, costituisca titolo per l'iscrizione d'ipoteca giudiziale *ex art. 2818 c.c.*, essendo comunque dotata di un grado di specificità più elevato rispetto alla mera condanna generica assistita da provvisionale, cui è pacificamente associato tale effetto²²¹.

Con riferimento all'inibitoria della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado, l'art. 140-*bis*, comma XIII, appare piuttosto lineare, mutuando in larga misura l'art. 283 c.p.c., il quale, già grazie l'integrazione apportata dalla legge 28.12.2005, n. 263, imponeva al Giudice d'appello di tenere in considerazione, nel sindacato circa i gravi motivi dedotti dall'appellante, della possibile insolvenza di una delle parti.

Nell'azione di classe, in termini non dissimili rispetto a quanto già avviene d'ordinario, la Corte d'Appello dovrà assegnare rilevanza, oltre agli elementi sintomatici del *periculum in mora* tradizionalmente impiegati dalla

²¹⁹ A. GIUSSANI. *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2011, 3, 371.

²²⁰ R. CAPONI. *Il nuovo volto della class action*, in *Foro italiano*, 2009, V, 383.

²²¹ A. GIUSSANI. *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2011, 3, 371. In giurisprudenza, l'idoneità della provvisionale contenuta in una condanna generica a fungere da titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale è confermata, da ultimo, da: Cassazione civile, sez. III, 24.05.2004, n. 9996, in *Rivista dell'arbitrato*, 2006, 4, 727.

giurisprudenza, anche *“dell’entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori, nonché delle connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame”*.

L’occhio del legislatore è puntato, con tutta evidenza, al caso (che se l’azione di classe avesse avuto successo, avrebbe dovuto ricorrere con particolare frequenza), in cui, a fronte di un riconoscimento, in favore dell’attore, di un risarcimento di dimensioni non esorbitanti, in capo agli aderenti, complessivamente considerati, sia accertato un danno di dimensioni estremamente ingenti, tanto da mettere a repentaglio la stabilità dell’impresa.

In questo caso, è evidente come il giudizio cautelare sulla sospensione della provvisoria esecutività debba soffermarsi, con particolare attenzione, sulla difficoltà per il convenuto soccombente in primo grado di “rincorrere”, a seguito della vittoria in appello, tutti i consumatori che, beneficiari del pagamento, siano tenuti a restituirlo.

Per cui è più che verosimile, quindi, che la sentenza impugnata sia soltanto parzialmente sospesa nell’efficacia, ossia limitatamente a quei consumatori titolari di un piccolo credito, ma appartenenti ad una sottoclasse piuttosto numerosa, come peraltro consentito anche dall’art. 283 c.p.c.²²².

Curiosa, poi, la disposizione che permette il “congelamento” della somma complessivamente dovuta dal debitore sino al passaggio in giudicato della sentenza gravata; disposizione, questa, piuttosto ambigua perché sembrerebbe attribuire alla Corte d’Appello il potere di stabilire che, anche in caso di conferma della sentenza di primo grado, i consumatori non possano soddisfarsi sulla somma sino all’intervento del giudicato.

²²² A. GIUSSANI. *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2011, 3, 371. Tale strumento, tuttavia, non pare applicabile con riguardo alle sentenze d’appello, atteso che *“la sospensione meramente parziale dell’efficacia esecutiva della sentenza è consentita, dall’art. 283 c.p.c., solo in riferimento all’impugnazione, in sede di appello, della pronuncia emessa dal giudice di primo grado, mentre al riguardo nulla dispone l’art. 373 c.p.c.”* (Corte d’Appello di Brescia, 09.11.2001, in *Giurisprudenza agraria*, 2007, 1, 360).

L'anomalia potrebbe superarsi sia ipotizzando che la Corte d'Appello, in sede di decisione definitiva, possa revocare la sospensiva precedente accordata, non essendo la relativa ordinanza di concessione espressamente dichiarata non impugnabile agli effetti di cui all'art. 177 c.p.c., sia rilevando che la pronuncia di secondo grado, qualunque ne sia il contenuto, salvo che non si arresti al rito, travolge la sentenza impugnata, e, conseguentemente, non può soggiacere ai limiti d'esecutività unicamente previsti per quest'ultima.

In altre parole, nel caso che il Giudice emetta tale provvedimento, a non poter essere eseguita sino al passaggio in giudicato (che potrebbe avvenire, non si dimentichi, anche per estinzione del giudizio di gravame) è soltanto la sentenza di primo grado, onde per cui non v'è motivo alcuno di estendere tale vincolo anche alla successiva sentenza d'appello²²³.

Da ultimo, va puntualizzato come, benché non esplicitamente menzionato, anche il rimedio di cui all'art. 373 c.p.c. sia invocabile dall'impresa per conseguire l'inibitoria della sentenza di seconda istanza sottoposta a ricorso per Cassazione, previa dimostrazione del grave ed irreparabile pregiudizio che potrebbe derivare dalla sua esecuzione²²⁴.

²²³ A. GIUSSANI, *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2011, 3, 371.

²²⁴ Spiega la rara giurisprudenza in termini che *"l'esecuzione della sentenza di appello, impugnata in Cassazione, può essere sospesa soltanto qualora possa derivarne un grave ed irreparabile danno: dovendosi intendere, per danno grave, un'eccezionale sproporzione tra il vantaggio ricavabile dall'esecuzione da parte del creditore rispetto al pregiudizio patito dal debitore; per danno irreparabile, un pregiudizio insuscettibile di reintegrazione per equivalente"* (Tribunale di Caltanissetta, 27.04.2004, in *Foro italiano*, 2005, I, 241).

- CAPITOLO III -
LE TIPOLOGIE DI DIRITTI SOGGETTIVI TUTELABILI
ATTRAVERSO L'AZIONE DI CLASSE

1. Le tipologie di diritti tutelabili con l'azione di classe; 2. Le domande di accertamento nell'azione di classe; 3. L'interferenza della responsabilità precontrattuale con i diritti tipizzati dall'art. 140-*bis*; 4. 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 c.c.; 5. 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; 6. I diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da comportamenti anticoncorrenziali; 7. I diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette

1. LE TIPOLOGIE DI DIRITTI TUTELABILI CON L'AZIONE DI CLASSE.

Dopo aver constatato che il criterio dell'omogeneità, interpretato nei termini di cui si è detto, designa il rapporto d'affinità intercorrente fra i diritti individuali attinenti ai membri della classe di consumatori o di utenti, come definita dal proponente al momento dell'instaurazione dell'azione di classe, occorre domandarsi quali siano le posizioni giuridiche soggettive cui l'art. 140-*bis* accorda il particolare rimedio collettivo.

Al riguardo, va premesso come, a seguito dell'integrazione apportata dalla riforma del 2012²²⁵, sotto l'egida dell'art. 140-*bis* ricadano, unitamente ai diritti

²²⁵ Più precisamente, dall'art. 6, comma I, lett. a), del D.L. 24.01.2012, n. 1.

individuali, pure gli interessi collettivi, benché tutelabili anche attraverso l'azione di cui all'art. 140 del Codice del consumo.

Tale aggiunta suscita, però, il problema di coordinare l'estensione dell'azione di classe agli interessi collettivi con una legittimazione attiva che, nel disegno dell'art. 140-bis, appare circoscritta ai soli soggetti depositari di diritti e di interessi individuali. I primi commentatori hanno prospettato che l'interesse collettivo possa ricevere una protezione soltanto collaterale rispetto alla pretese risarcitorie o restitutorie avanzate singolarmente dai proponenti la domanda o da coloro che vi hanno aderito, escludendo, di converso, l'ammissibilità di azioni collettive volte unicamente a tutelare dei beni o delle aspettative adespoti²²⁶.

Quest'evenienza, peraltro, pare configurabile soltanto laddove il proponente, conferito mandato ad una associazione rappresentativa dei consumatori, accetti che quest'ultima, nell'instaurando giudizio, si faccia latrice anche di interessi collettivi, irriducibili, proprio in quanto tali, ai diritti soggettivi che è stata incaricata di tutelare giudizialmente.

L'innovazione, peraltro, avrebbe potuto produrre effetti piuttosto significativi qualora l'ordinamento avesse contemplato la figura dei danni punitivi, poiché, in tale evenienza, l'accertata lesione dell'interesse diffuso avrebbe potuto essere adoperata per giustificare un più generoso risarcimento in favore dei soggetti che hanno, parallelamente, sofferto un pregiudizio individuale, specie se di natura non patrimoniale.

²²⁶ G. AFFERNI. *Recenti sviluppi nell'azione di classe*, in *Contratto e impresa*, 2013, 6, 1275, il quale spiega che "la riforma del 2012 ha esteso la possibilità di promuovere un'azione di classe anche a tutela di interessi collettivi (art. 140-bis, comma I, c. cons.). Tuttavia, non è chiaro quali saranno le conseguenze pratiche di questa estensione. Infatti, l'impostazione complessiva della disciplina presuppone un'azione promossa per la tutela di diritti individuali e non per la tutela di interessi collettivi. A questo proposito, basti ricordare che solamente i singoli consumatori o utenti sono legittimati a proporre un'azione di classe. Inoltre, l'azione di classe deve avere per oggetto anche la condanna alla restituzione o al risarcimento del danno a favore dei singoli consumatori o utenti che hanno promosso l'azione o che vi hanno aderito nei termini stabiliti dal Tribunale. Pertanto, un'associazione di consumatori non potrebbe promuovere un'azione di classe al fine esclusivo di ottenere l'accertamento di una lesione di un interesse collettivo. Dovrebbe necessariamente chiedere anche una condanna al risarcimento del danno (o alla restituzione) a favore dei soggetti individuati".

Ma, nell'attuale assetto normativo ed in assenza di specifiche indicazioni normative, la previsione in esame sembra possedere una rilevanza pratica piuttosto contenuta, consistente, in sostanza, nella possibilità di tutelare interessi diffusi dal contenuto estremamente affine ai diritti che si assumono violati.

Tanto premesso, va comunque ribadito come la naturale vocazione dell'art. 140-*bis* sia rappresentata dalla tutela dei diritti soggettivi, ricondotti, dalla stessa lettera della legge, a tre distinte categorie tipologiche, ossia, con le parole del comma II:

- 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 (fattispecie, queste, che, nel proseguo, verranno trattate distintamente).

Non pare seriamente contestabile che le ultime due categorie si riferiscano al compimento di illeciti aquiliani (eventualmente integrati da una responsabilità contrattuale, nell'ipotesi in cui danneggiato e danneggiante siano legati da un rapporto negoziale) e che, pertanto, definiscano un giudizio diretto ad una sentenza di condanna al risarcimento del danno o, al limite, alla reintegrazione in forma specifica del pregiudizio sofferto dagli utenti o dai consumatori.

Diversamente, il primo gruppo, alludendo a non meglio identificati diritti contrattuali, presenta un più elevato grado di genericità, che potrebbe valorizzarsi allo scopo di giustificare anche la proposizione di azioni di mero accertamento²²⁷.

Non si dimentichi, nell'analisi letterale della prima categoria, come l'aggettivo omogeneo sia abbinato – non già, come avviene negli altri gruppi, ai diritti soggettivi, bensì – alla situazione in cui versano i consumatori e gli utenti nei confronti della medesima impresa.

In altri termini, mentre, per ciò che concerne la responsabilità da prodotto difettoso, da pratiche commerciali scorrette e da illeciti anticoncorrenziali, il sindacato di omogeneità sembra doversi appuntare unicamente sulla natura ed i connotati dei diritti appartenenti ai componenti della classe, in materia contrattuale, a dover essere affine è la posizione in cui i vari consumatori si trovano rispetto all'imprenditore.

²²⁷ G. SCHIAVONE. *Sulla legittimità a proporre l'azione di classe e altre questioni*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, 1, 186.

2. LE DOMANDE DI ACCERTAMENTO NELL’AZIONE DI CLASSE.

La particolare configurazione dei diritti contrattuali potrebbe rappresentare un ulteriore supporto per la tesi secondo cui l’azione di classe possa tendere anche soltanto ad un semplice accertamento giudiziale, allorché lo stesso costituisca lo strumento per emancipare una classe di consumatori dalla situazione di debolezza in cui si trovano, nei confronti dell’impresa, a causa di comportamenti negoziali antiggiuridici, come, appunto, la pattuizione di clausole vessatorie nulle o comunque inefficaci, espressamente menzionate, peraltro, dal secondo comma, lett. a), dell’art. 140-*bis*.

In sostanza, ove la domanda di accertamento permetta la rimozione della situazione che pone in stato di subalternità l’intera compagine di consumatori, non è facile individuare la ragione per la quale la stessa non possa proporsi nelle forme dell’azione collettiva.

Ambivalente appare, invece, il richiamo all’accertamento della responsabilità operato dal primo comma, richiamo che, singolarmente considerato, potrebbe perorare la teoria summenzionata, nel senso di attribuire alla discrezionalità del proponente la scelta se far conseguire o meno la domanda di condanna alla dichiarazione di responsabilità.

Militano in senso contrario, tuttavia, una serie di indici testuali, i quali, a ben vedere, specie se analizzati in un’ottica sistematica, paiono prevalente nel contesto del giudizio interpretativo, come, in special modo:

- l’impiego, nel primo comma, della congiunzione “e” fra le espressioni “*accertamento della responsabilità*” e “*condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni*”, tale da lasciar supporre che il primo debba necessariamente rappresentare la premessa della seconda;
- la descrizione, nel dodicesimo comma, della sentenza terminale del giudizio, con cui il Tribunale, in caso di accoglimento, “*liquida, ai sensi dell’art. 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a*

coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme", espressione che sembra sottrarre qualsivoglia spazio a pronunce di puro accertamento;

- la naturale collocazione nel quadro dell'art. 140 delle azioni inibitorie o, comunque, volte ad ottenere l'attuazione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate. Va puntualizzato, a questo proposito, come al singolo spetti comunque la legittimazione ad esperire azioni individuali dirette ad ottenere l'accertamento dell'antigiuridicità di contegni lesivi – o potenzialmente pregiudizievoli – dei suoi diritti, con la doverosa precisazione che, allorché tali diritti dipingano altresì interessi diffusi o adespoti, la legittimazione si estende all'ente collettivo, come specificamente previsto dall'art. 140.

Fra l'altro, anche a livello di *ratio legis*, la quale, come più volte ricordato, rappresenta lo strumento fondamentale per dipanare le oscurità interpretative in materia, non è facile cogliere gli obiettivi che un'azione d'accertamento nella forma collettiva potrebbe raggiungere con più facilità rispetto all'azione individuale, pure in considerazione dei notevoli spazi di manovra riservati, dall'art. 140, all'ente esponenziale.

In sostanza, la domanda individuale, da un lato, ed il rimedio *ex art. 140*, dall'altro, sembrano comprimere oltremisura i casi in cui l'esperimento di una *class action* di mero accertamento potrebbe soddisfare quelle particolari esigenze di speditezza, concentrazione ed economicità cui la stessa è preordinata.

V'è, infine, da sottolineare, sul versante dell'impresa, l'inammissibilità delle azioni di accertamento negativo e, del pari, delle domande riconvenzionali volte ad ottenere la dichiarazione giudiziale del corretto adempimento alle obbligazioni su di essa gravanti. Pare doversi escludere, pertanto, che, in Italia, potranno acquisire diritto di cittadinanza quelle domande che, nel gergo

nordamericano, vengono definite *defendant class action*, attraverso le quali l'impresa tenta di liberarsi dalla spada di Damocle consistente nella minaccia di onerose azioni giudiziali nei suoi confronti²²⁸.

²²⁸ A. GIUSSANI. *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2011, 3, 371; C. CONSOLO. *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Il Corriere Giuridico*, 2009, 10, 1300.

3. L'INTERFERENZA DELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE CON I DIRITTI TIPIZZATI DALL'ART. 140-BIS.

Altra questione dibattuta è la possibilità di comprendere nella tutela offerta dall'art. 140-bis le azioni fondate su illeciti precontrattuali, i quali, secondo la giurisprudenza largamente maggioritaria²²⁹, determinano, in capo all'autore, una responsabilità di carattere extracontrattuale.

V'è da notare, tuttavia, come, in dottrina prima²³⁰ ed in giurisprudenza poi, abbia acquisito gradualmente credito l'opposta tesi, secondo cui l'art. 1218 c.c., disciplinando genericamente l'inadempimento a qualsivoglia obbligazione, troverebbe applicazione anche nel caso di responsabilità derivante dalla violazione dei doveri consacrati dagli artt. 1337 e 1338 c.c..

Merita menzione, infine, un orientamento intermedio, secondo cui l'illecito precontrattuale dipingerebbe un'autonoma fattispecie di responsabilità, irriducibile sia al paradigma aquiliano, che a quello contrattuale, siccome determinata dall'infrazione di regole comportamentali dettate dall'ordinamento per il corretto svolgimento delle trattative.

In altri termini, se, nella genesi dell'illecito aquiliano, la violazione del diritto precede la creazione del legame giuridico, la responsabilità contrattuale, al contrario, postula che il danneggiante ed il danneggiato, prima della produzione del pregiudizio, fossero già vincolati ad un rapporto da entrambi liberamente scelto.

²²⁹ Cassazione civile, S.U., 12.05.2008, n. 11656, in *Corriere giuridico*, 2008, 10, 1288; Cassazione civile, sez. III, 07.02.2006, n. 2525, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2; Cassazione civile, sez. I, 18.06.2005, n. 13164, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 9; Cassazione civile, sez. III, 05.08.2004, n. 15040, in *Giustizia civile*, 2003, 5, I, 669; Cassazione civile, S.U., 26.06.2003, n. 10160, in *Foro italiano*, 2004, I, 2206; Cassazione civile, S.U., 16.07.2001, n. 9645, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 1404.

²³⁰ F. BENATTI. *La responsabilità precontrattuale*. Milano, 1963; L. MENGONI. *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II, 361, ove si era osservato che, "con la disposizione dell'art. 1337 il nuovo legislatore ha esteso l'imperativo della buona fede alla fase delle trattative e della formazione del contratto, e ciò importa che gli obblighi reciproci di correttezza, di cui parla l'art. 1175 c.c., sorgono già in questa fase in funzione dello specifico interesse di protezione di ciascuna parte nei confronti dell'altra in quanto tale, in quanto cioè, attraverso la relazione instaurata dalle trattative, viene investita di una specifica possibilità (che altrimenti non avrebbe) di ingerenze dannose nella sfera giuridica della controparte".

A cavallo tra le due fattispecie, si pone, invece, l'illecito precontrattuale, in cui il danno si manifesta nel contesto di una relazione già sviluppata (la trattativa, appunto), sebbene non ancora tradottasi in un contratto valido ed efficace. In altri termini, la trattativa rappresenta uno di quei fatti giuridici cui l'art. 1173 c.c. associa l'insorgenza di obbligazioni – ossia, più precisamente, i doveri di lealtà e correttezza di cui all'art. 1337 c.c., da un lato, ed il dovere di informazione *ex art.* 1338 c.c., dall'altro –, il cui mancato adempimento è sanzionato con il risarcimento, a carico del trasgressore, di tutti i pregiudizi che siano conseguenza immediata e diretta – non già del contratto non concluso, che, proprio in quanto tale, è inidoneo a produrre qualsivoglia effetto giuridico, bensì – della lesione del legittimo affidamento.

Simile impostazione ha raccolto l'autorevole avallo della Corte di Cassazione che, in un recente arresto a sezioni semplici, ha argomentato che la fattispecie normativa in questione *“si risolve in un rapporto particolare, che con la trattativa si istituisce tra le parti ed alle quali è normativamente imposto un obbligo di comportamento secondo buona fede, così distinguendosi dalla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. e configurando, invece, un caso di responsabilità compreso tra quelli indicati dall'art. 1173 c.c. In tal caso, pertanto, l'attore, il quale intenda far valere questa ipotesi di responsabilità, ha soltanto l'onere di allegare, ed occorrendo provare, oltre al danno, anche l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi, come nel caso di responsabilità da contatto sociale, del quale questa ipotesi costituisce una figura normativamente qualificata, in una delle ipotesi previste dall'art. 1173 c.c.”*²³¹.

Tuttavia, giacché i tentativi di ravvisare, nell'illecito precontrattuale, una responsabilità di stampo meramente contrattuale paiono ancora relegati al

²³¹ Cassazione civile, sez. I, 20.12.2011, n. 27648, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, 6, 1944, con nota di C. SCOGNAMIGLIO. *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità contrattuale*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, 6, 1949. Sempre in favore della teoria del *tertium genus* milita: Cassazione civile, sez. I, 21.11.2011, n. 24438, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, 6, 1948.

formante dottrinale, ben difficilmente tali problematiche potranno accadere al giudizio di classe, per il quale è richiesta espressamente, dall'art. 140-*bis*, comma II, lett. a), l'avvenuta stipulazione del contratto.

Va precisato, però, come illeciti precontrattuali potranno confluire nell'azione di classe nella misura in cui abbiano alterato la volontà negoziale di una delle parti nella stipulazione del contratto, essendo ormai largamente diffuso il convincimento che le responsabilità *ex artt.* 1337 e 1338 c.c. possano essere invocate anche allorché il contratto sia stato concluso.

Si motiva, in tal senso, che le richiamate previsioni normative delineano delle clausole generali, anche siccome rivolte a tutelare valori cogenti come il corretto svolgimento delle relazioni negoziali, onde per cui la responsabilità da esse generata è suscettibile di trovare applicazione anche qualora il contratto sia stato concluso a condizioni penalizzanti per la parte che ha subito il comportamento malizioso dell'altra.

In sostanza, gli artt. 1337 e 1338 c.c. non tutelerebbero soltanto la legittima aspettativa dei consociati di non essere coinvolti in negoziazioni dilatorie o comunque prive di qualsivoglia speranza di successo, ma, più in generale, la piena autonomia negoziale che comporta il diritto ad obbligarsi in termini conformi alla propria genuina volontà. Così, in materia di intermediazione mobiliare, un rivoluzionario arresto della Suprema Corte insegnava che *“la violazione dell’obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, stabilito dall’art. 1337 c.c., assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche, quale dolo incidente (art. 1440 c.c.), se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; in siffatta ipotesi, il risarcimento del danno deve essere commisurato al ‘minor vantaggio’, ovvero al ‘maggior aggravio economico’ prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell’obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata*

*l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto*²³².

È ragionevole affermare, pertanto, come gli illeciti precontrattuali possano essere trattati nel contesto del giudizio di classe qualora gli stessi siano allegati ed apprezzati congiuntamente a domande fondate su un rapporto contrattuale che, benché valido, sia stato alterato nella sua fase genetica e/o nel suo momento esecutivo a causa del contegno antigiusdicario adottato, nel corso delle trattative, da uno dei contraenti.

Tuttavia, anche in quest'evenienza, è lecito temere che ben difficilmente il vaglio preliminare possa esitare in un giudizio d'ammissibilità, in quanto la violazione del legittimo affidamento dei futuri contraenti in una trattativa improntata a buona fede ed al pieno rispetto del dovere di informazione sarà fortemente legata alle condizioni soggettive delle parti (come, ad esempio, la qualifica professionale, le conoscenze tecniche e l'esperienza possedute dalle medesime), sicché le posizioni dei presunti danneggiati saranno inevitabilmente caratterizzate da un elevato grado di disomogeneità.

Ad esempio, la mancata diffusione, da parte dell'Istituto di credito, operante quale intermediario finanziario, di dettagliate informazioni di carattere economico potrà reputarsi illecita – e, quindi, fonte di responsabilità *ex art. 1337 c.c.* – soltanto qualora nei confronti dei consumatori privi della capacità di reperire autonomamente e senza eccessivi sforzi tali notizie²³³.

²³² Cassazione civile, sez. I, 29.09.2005, n. 19024, in *Il civilista*, 2012, 2, 72, con nota di C.E. SALODINI. *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2006, 4, 626. D'altro canto, l'art. 1440 c.c., previsto in materia di dolo incidente, ammette la compatibilità fra la conservazione del contratto e la responsabilità del contraente per quanto compiuto anteriormente al perfezionamento dello stesso.

²³³ Non sono rare pronunce di rigetto “*Non può essere accolta la richiesta di risarcimento di due investitori a seguito dell'acquisto da parte loro di bond argentini in quanto soggetti non inesperti, spesso avvezzi ad investimenti mobiliari di natura anche azionaria, da cui se ne rileva la conoscenza dei relativi mercati, inoltre l'acquisto dei bond argentini, essendo avvenuto nel 1997, data ben lontana rispetto al default dichiarato dalle autorità argentine, non può lontanamente far alludere ad una cattiva informazione o intento fraudolento della banca*” (Tribunale di Udine, 07.07.2006, in *Redazione Giuffrè*, 2007).

Pertanto, l'unica ipotesi in cui, in tema di responsabilità precontrattuale, il rimedio di classe pare ammissibile sembra rappresentata dagli illeciti derivanti dalla diffusione, in forma pubblica, della medesima notizia decettiva, ingannevole o fuorviante, che abbia cagionato, ad una pluralità di soggetti, pregiudizi estremamente simili, ad esempio perché correlati alla stipulazione di contratti di genere analogo: in tal caso, fra le adesioni dei consumatori e la domanda del proponente sembra intercorrere quella forte affinità che giustifica, sotto il profilo dell'omogeneità dei diritti, l'esperimento dell'azione collettiva.

Ciò rilevato, analizziamo, per gradi, le singole categorie di diritti tutelabili tramite l'azione collettiva.

4. I DIRITTI CONTRATTUALI DI UNA PLURALITÀ DI CONSUMATORI ED 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 C.C.

L'attuale definizione di tale categoria risente della volontà di superare il precedente regime normativo, in cui la proponibilità dell'azione di classe, in materia contrattuale, era circoscritta ai “*rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 del codice civile*”.

Una simile formulazione della norma suscitava forti perplessità se è vero che il richiamo al solo art. 1342 c.c.²³⁴, quantomeno se letteralmente interpretato, lascerebbe intendere l'estraneità alla disciplina dell'azione di classe dei contratti fondati su condizioni generali di contratto non trasposte su moduli o formulari. Ciò avrebbe permesso all'imprenditore di sottrarsi alla minaccia della *class action* semplicemente avendo cura di personalizzare il contratto sottoposto all'attenzione del singolo formulare, magari sviluppando lo scheletro dei regolamenti raccolti su supporti informatici²³⁵.

L'intento di evitare questa intollerabile evenienza induceva il legislatore a forgiare in maniera ben più generica la clausola relativa ai diritti contrattuali dei

²³⁴ Ai sensi del quale:

“*Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non sono state cancellate.*

Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente”.

²³⁵ In verità, la giurisprudenza ha optato per un'interpretazione elastica e scarsamente rigorista del concetto di modulo e di formulario, specificando che, “*ai fini dell'applicabilità della disciplina dettata dall'art. 1341, comma II, c.c., in merito alle clausole vessatorie contenute in condizioni generali di contratto, si ha contratto concluso a mezzo di moduli o formulari predisposti dal datore di lavoro (nella specie, un'azienda di credito) anche in caso di utilizzo da parte del datore di un documento informatico o 'file' unilateralmente predisposto e destinato ad essere utilizzato per un numero indeterminato di rapporti, assimilabile al formulario in quanto documento - base destinato a fungere da modello per la riproduzione in un numero indeterminato di esemplari*” (Cassazione civile, sez. lav., 22.03.2006, n. 6314, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3).

Sulla specifica tematica dell'azione di classe, alcuni commentatori erano giunti, per via interpretativa, ad estendere la tutela in questione anche ai contratti stipulati tramite condizioni generali (A. GIUSSANI. *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis cod. cons.*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, 4), anche se altre voci dottrinali ritenevano la limitazione conforme alla discrezionalità legislativa (A. BRIGUGLIO. *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, in www.judicium.it).

consumatori, relegando al rango di mera precisazione il richiamo – questa volta congiunto – agli artt. 1341 e 1342 c.c..

La dizione letterale della nuova proposizione normativa, pertanto, gravita attorno alla posizione omogenea in cui, a seguito della stipulazione del contratto, i consumatori o gli utenti che compongono la classe si trovano nei confronti dell'impresa²³⁶.

L'innovazione, peraltro, presenta il vantaggio di esonerare il Giudice dal gravoso compito di qualificare il regolamento impiegato dall'imprenditore per la disciplina uniforme della stessa categoria di rapporti negoziali e, soprattutto, esclude il rischio che i diritti invocati dal proponente possano considerarsi disomogenei a causa di variazioni o integrazioni apposte, a favore di taluni consumatori, sui contratti standardizzati impiegati in maniera seriale.

Non può sottacersi, comunque, che i contratti formati mediante tecniche di omologazione dei rapporti continueranno, verosimilmente, a costituire il caso principale su cui sarà innestata l'azione di classe, risultando estremamente arduo, anche se astrattamente concepibile, nelle altre evenienze, ravvisare una forte affinità tra i titoli dedotti dai membri della classe.

Appare legittimo ipotizzare, pertanto, che, a seguito della novella, il giudizio di omogeneità tenderà a concentrarsi su un duplice profilo, ovvero, da un lato, la tipologia di inadempimento o, comunque, di illecito imputato all'imprenditore, nonché, dall'altro, la situazione giuridica soggettiva, spettante ai componenti della classe, illegittimamente compromessa dai comportamenti antiggiuridici denunciati dal proponente.

Occorre domandarsi, poi, se il Collegio, una volta deliberata l'ammissibilità dell'azione, sia legittimato a pronunciare provvedimenti demolitivi dell'efficacia dei contratti invocati, conseguenti, ad esempio, a domande di nullità, d'annullamento, di risoluzione o di rescissione.

²³⁶ Così: G. CONTE. *I diritti individuali omogenei nella disciplina dell'azione di classe*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 5, 609.

Per rispondere a questa domanda, giova sottolineare come l'art. 140-bis, pur costituendo una norma speciale, non esprima connotati d'eccezionalità, onde per cui un'interpretazione estensiva del medesimo non pare affatto preclusa.

Ne consegue che, benché la lettera della norma non contempli espressamente tale eventualità, il Collegio sembra poter deliberare in termini caducatori sui contratti impugnati, purché tale decisione sia funzionale all'accoglimento delle domande di risarcimento del danno o di restituzione.

Una simile tendenza interpretativa, tuttavia, non può spingersi sino al punto da ammettere che la pronuncia soppresiva del contratto possa emanarsi pure qualora non rappresenti l'antecedente causale di una condanna alle restituzioni ovvero al risarcimento del danno in favore dei consumatori, atteso che, come innanzi ricordato, la previsione normativa in discorso non sembra lasciar spazio ad azioni di mero accertamento²³⁷.

D'altro canto, se così non fosse, sarebbe estremamente ostico valutare l'omogeneità delle posizioni in cui versano i consumatori o gli utenti nei confronti dell'impresa, salvo voler ritenere comune l'interesse, condiviso fra tutti, di liberarsi dalle obbligazioni nascenti dal rapporto negoziale intercorso fra le parti, ossia, in sostanza, sostenere che la *class action* possa essere esperita per ottenere la soddisfazione del mero diritto potestativo di provocare l'inefficacia del contratto, anche se immune da qualsivoglia connotato sostanziale²³⁸.

È dubbio, invece, se al processo collettivo possano accedere azioni di responsabilità extracontrattuale, traenti il proprio fondamento in un contratto validamente concluso, come, ad esempio, le domande di risarcimento del danno proposte dal contraente per aver concluso, a causa del dolo incidente *ex art. 1440 c.c.* della controparte, un contratto a condizioni meno favorevoli di quelle che si sarebbero conseguite in una situazione di perfetta trasparenza.

²³⁷ In questi termini: R. RORDORF. *L'azione di classe nel novellato art. 140-bis cod. consumo: considerazioni (e qualche interrogativo)*, in *Foro italiano*, 2010, V, 185; F. RIZZO. *Azione collettiva risarcitoria e interessi tutelati*, pag. 194. Napoli, 2008.

²³⁸ G. CONTE – V. VIGORITI. *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, pag. 104. Torino, 2010.

Si consideri, al riguardo, come goda ormai di ampio credito la tesi secondo cui sia legittimo operare una scissione fra la tipologia di responsabilità dedotta e la natura del rapporto instaurato fra le parti, nel senso che l'illecito aquiliano può manifestarsi, congiuntamente o separatamente dall'inadempimento contrattuale, anche in seno di una relazione di ordine contrattuale²³⁹.

Sulla base di tale premessa, proprio con riguardo alla problematica del contratto annullabile per dolo, si è persino giunti ad affermare che l'azione risarcitoria ex art. 2043 c.c. non presupponga la rimozione del contratto viziato, potendo i due rimedi esperirsi autonomamente. Così, *“il contraente, il cui consenso risulti viziato da dolo, può richiedere il risarcimento del danno conseguente all'illecito della controparte, lesivo della libertà negoziale, sulla base della generalissima previsione in tema di responsabilità aquiliana, ai sensi dell'art. 2043 c.c., anche senza proporre contemporaneamente domanda di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1439 c.c.”*²⁴⁰.

In altre parole, l'art. 2043 c.c. non impedisce affatto di apprezzare la stipulazione del contratto (valido, ma alterato dal dolo incidente) quale circostanza di mero fatto – o, meglio, quale effetto del comportamento antiggiuridico di uno

²³⁹ Già in epoca piuttosto risalente, si era ventilato che, in presenza di una causa di rescissione o di annullabilità del contratto, il contraente che ne fosse rimasto vittima potesse scegliere, senza alcuno specifico vincolo, fra la proposizione delle azioni offerte dalla disciplina sul contratto in generale (ad esempio, annullamento o rescissione) e la formulazione di una domanda risarcitoria direttamente radicata sull'art. 2043 c.c., che comportasse, però, la preservazione del negozio viziato (R. SACCO, *Il contratto, I*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco*, Torino, 2004, pag. 620, nonché: P. GALLO, *I vizi del consenso*, in *Trattato dei contratti diretto da P. Rescigno, I Contratti in Generale*, II, 1999, 469-470).

A tali ricostruzioni, però, veniva contrapposta la tradizione distinzione fra regole di validità e regole di responsabilità (G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, 57), distinzione questa, che, tuttavia, sembra trovare una confutazione, quantomeno nella sua perentorietà, nell'art. 1338 c.c., il quale non subordina l'accoglimento del rimedio risarcitorio all'annullamento del contratto concluso (G. PATTI – S. PATTI, *La responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il Codice civile – Commentato diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1993, 220; F. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, 458).

²⁴⁰ Cassazione civile, sez. I, 19.09.2006, n. 20260, in *Guida al diritto*, 2006, 39, 52. Anche la materia agraria ha recepito tale distinzione, ove si è segnalato che *“l'azione risarcitoria esperibile dall'avente diritto alla prelazione agraria ex art. 8 della legge 26 maggio 1965 n. 590, il quale sia destinatario di una proposta di alienazione del fondo ad un prezzo artatamente superiore a quello realmente pattuito tra le parti, va ricondotta alla comune azione di responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c., e non all' 'actio dolis causam incidens' ex art. 1440 c.c., costituendo un'azione di tutela esterna del diritto di prelazione, il cui esercizio viene così reso più oneroso”* (Cassazione civile, sez. III, 04.06.2013, n. 14046, in *Giust. civ. Mass.*, 2013).

dei contraenti – su cui innestare l'azione di responsabilità aquiliana nei confronti del danneggiante²⁴¹.

Tale conclusione, peraltro, trova ulteriore conforto nella persistente convinzione circa la natura extracontrattuale della responsabilità *ex art. 1338 c.c.*, da considerarsi tale, secondo la surrichiamata giurisprudenza, anche qualora gli illeciti precontrattuali siano invocati quali eventi perturbativi del contratto effettivamente concluso.

Si intende affermare, che, nel momento in cui si ammette la compatibilità dell'illecito aquiliano *ex art. 1338 c.c.* con la formazione del contratto, si riconosce inequivocabilmente come, anche in pendenza del contratto, i contraenti abbiano diritto di optare per l'azione di responsabilità extracontrattuale²⁴².

Per stabilire se una simile domanda possa reputarsi compresa nel novero delle azioni esperibili in forma collettiva, pare necessario chiedersi se, tramite l'espressione “*diritti contrattuali*”, il legislatore abbia inteso riferirsi a tutti i diritti che trovano la propria genesi nel contratto ovvero soltanto a quelli correlati ad una responsabilità di carattere contrattuale.

²⁴¹ *Contra*, però: Cassazione civile, sez. III, 25.07.2006, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8, in cui si sancisce che “*il principio della cumulabilità, nel nostro ordinamento, dei due tipi di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) da illecito civile è legittimamente invocabile quando uno stesso fatto autonomamente generatore di danno integri gli estremi tanto dell'inadempimento contrattuale, quanto del torto aquiliano (come nel caso, ad esempio, delle lesioni subite dal lavoratore per inosservanza di norme anti infortunistiche), ma non anche nell'ipotesi in cui un'attività prenegoziale astrattamente generatrice di danno (sostanziantesi nelle cosiddette 'trattative') confluisca fisiologicamente nel negozio cui essa risultava funzionalmente e teleologicamente collegata, risultando, in tal caso, soltanto il negozio stesso l'eventuale fonte di responsabilità (contrattuale)*”.

²⁴² Sul punto, vanno ricordati i celeberrimi arresti delle Sezioni Unite in tema di responsabilità dell'intermediario finanziario, ove, superando i precedenti contrasti giurisprudenziali, si è sostenuto che “*dalla violazione dei doveri di comportamento che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario discende la responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, per le violazioni in sede di formazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti, ovvero la responsabilità contrattuale, con relativo obbligo risarcitorio ed eventuale risoluzione del predetto contratto, per le violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione, ma non la nullità di quest'ultimo o dei singoli atti negoziali conseguenti, in difetto di previsione normativa in tal senso*” (Cassazione civile, S.U., 19.12.2007, n. 26724, in *Foro italiano*, 2008, 3, I, 784, sentenza gemella rispetto a: Cassazione civile, S.U., 19.12.2007, n. 26275, in *Il civilista*, 2009, 12, 13).

Soltanto nel primo caso, infatti, l'art. 140-*bis* potrebbe abbracciare anche i diritti al risarcimento *ex art.* 1440 c.c.

Un atteggiamento prudentiale suggerisce di propendere per una soluzione negativa, atteso che il dolo incidentale determina sì un diritto risarcitorio, ma non pare idoneo a collocare i consumatori o gli utenti in quella specifica posizione di soggezione nei confronti dell'impresa, che, ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma II, lett. a), deve risultare distribuita omogeneamente su tutti i membri della classe.

Un'ultima problematica concerne, invece, la possibilità di includere nella categoria in esame i diritti derivanti ai consumatori da inadempimenti ad obbligazioni scaturenti – non già da un contratto, bensì – da norme imperative di legge.

Nel contesto di una controversia nella quale i consumatori chiedevano la restituzione di quanto corrisposto ad un soggetto privato a titolo di tariffa di igiene ambientale, relativamente a servizi mai effettuati, la giurisprudenza ha affrontato simile questione, giungendo ad una risposta negativa, alla stregua della convinzione secondo cui i diritti contrattuali, proprio perché nascenti da un accordo liberamente stipulato, non possono mai sorgere da disposizioni cogenti di legge, come avviene, invece, nel rapporto fra i cittadini e gli imprenditori investiti dalla Pubblica Autorità di realizzare servizi prescritti dall'ordinamento²⁴³.

Va rilevato, inoltre, come, nell'ambito dei diritti contrattuali, possa verificarsi una sovrapposizione fra i criteri omogenei di calcolo del danno che il Giudice è chiamato a stabilire in forza del comma XII dell'art. 140-*bis* e quelli definiti dall'ordinamento in specifici settori.

In particolare, possono assumere un certo rilievo i criteri dettati per la liquidazione del danno da vacanza rovinata, individuati dall'art. 47 del D.Lgs. 23.05.2011, n. 47 nella durata del soggiorno inutilmente trascorsa e nell'irripetibilità dell'occasione perduta.

²⁴³ Corte d'Appello di Firenze, 27.12.2011, in *Foro italiano*, 2012, 6, I, 1908.

È sensato ritenere che, ove si dovesse prospettare una fattispecie di questo genere, il Collegio si limiterebbe a determinare una somma per ciascun giorno di vacanza perduta, da integrarsi con un'ulteriore posta unitariamente determinata corrispondente alla difficoltà di reperire un'occasione alternativa, lasciando ai giudizi individuali, eventualmente proposti dai singoli aderenti, la quantificazione di ulteriori pregiudizi ovvero l'adozione di criteri di calcolo più vantaggiosi rispetto a quelli generali.

Infatti, concetti che, ad un'analisi approssimativa, parrebbero oggettivi, se non addirittura insuscettibili di qualsivoglia graduazione, a ben vedere, non possono che risentire delle peculiarità del caso concreto, tali da aggravare in maniera notevole le reali dimensioni del nocumento provocato al consumatore.

Così, con riguardo alla fattispecie in disamina, il danno da vacanza rovinata non dipende soltanto dal valore economico del pacchetto turistico acquistato, ma è profondamente correlato alla situazione soggettiva delle danneggiati, sicché, ad esempio, il turbamento arrecato in un viaggio di nozze appare ben più grave rispetto all'ordinario, trattandosi di situazione assolutamente irripetibile²⁴⁴.

Da ultimo, va sottolineato come l'azione di classe basata sui diritti contrattuali potrebbe costituire il viatico anche per il risarcimento di danni non patrimoniali, soprattutto in considerazione dell'ormai riconosciuta possibilità che tali pregiudizi si manifestino – e siano suscettibili di tutela – anche come conseguenza di un inadempimento contrattuale.

Si è osservato, a questo proposito, come l'art. 1174 c.c., riconoscendo la possibilità di dedurre, quale oggetto dell'obbligazione, interessi non patrimoniali del creditore (purché idonei ad essere apprezzati in termini economici), attribuisca rilevanza alla lesione dei medesimi anche in materia di responsabilità da inadempimento contrattuale²⁴⁵.

²⁴⁴ Tribunale di Reggio Emilia, 23.02.2012, n. 212, in *Diritto e Giustizia*, 2013, 9 marzo.

²⁴⁵ Argomentava in proposito il Supremo Collegio che “l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., consente ora di affermare che anche nella materia della

Può concludersi, sul punto, rilevando come la potenziale indefinita dilatazione dei diritti contrattuali, legata, per un verso, all'opportunità di includervi anche i danni derivanti da trattative maliziose o contratti validi, ma viziati dal dolo incidente dell'impresa, nonché, dall'altro, l'estensione dei medesimi alla sfera non patrimoniale del creditore, suggerisca di prevedere un più elastico vaglio d'ammissibilità con riferimento al requisito dell'omogeneità ovvero di circoscrivere l'esperimento dell'azione di classe alle sole domande di restituzione delle somme pagate in forza di contratti seriali.

responsabilità contrattuale è dato il risarcimento dei danni non patrimoniali. Dal principio del necessario riconoscimento, per i diritti inviolabili della persona, della minima tutela costituita dal risarcimento, consegue che la lesione dei diritti inviolabili della persona che abbia determinato un danno non patrimoniale comporta l'obbligo di risarcire tale danno, quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale. Se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni" (Cassazione civile, S.U., 11.11.2008, n. 26972, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2009, 4-5-6, II, 43).

Proprio sul danno da vacanza rovinata: Tribunale di Bologna, sez. II, 07.06.2007, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 6, 1401.

5. 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.

La precedente versione normativa, riferendosi genericamente agli “*illeciti extracontrattuali*”, non aveva mancato di destare accese polemiche tra i vari commentatori, non essendo facile individuare condotte poste in essere dall’imprenditore nell’esercizio della propria attività economica capaci di generare illeciti aquiliani in difetto di un rapporto contrattuale o, comunque, di un qualificato contatto sociale, diverse dal danno da prodotto difettoso.

Tanto più che, anche nel precedente regime, la pubblicità ingannevole era attratta dalla categoria dedicata alle pratiche commerciali scorrette ed agli illeciti anticoncorrenziali, produttive, queste ultime, in presenza di particolari condizioni, di effetti pregiudizievoli nei confronti di tutti gli operatori di mercato, ivi compresi, dunque, i consumatori.

L’intervento del legislatore della riforma, pertanto, è consistito nella specificazione e nella esplicita formalizzazione delle conclusioni cui la dottrina era comunque pervenuta, ossia che gli illeciti extracontrattuali dell’impresa, indicati dall’art. 140-*bis*, si riducevano, in sostanza, alle ipotesi di responsabilità del produttore.

In merito a questa puntuale disciplina, va rappresentato, innanzitutto, come il produttore sia “*il fabbricante del bene o il fornitore del servizio, o un suo intermediario, nonché l’importatore del bene o del servizio nel territorio dell’Unione europea o qualsiasi altra persona fisica o giuridica che si presenta come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo*”²⁴⁶.

²⁴⁶ Art. 3, comma I, lett. d), del D.Lgs. 06.09.2005, n. 206.

Tuttavia, la peculiare forma di responsabilità imputata al produttore – unitamente al correlato regime in materia di onere della prova – viene estesa altresì dal Codice del Consumo:

- al fornitore che abbia provveduto alla distribuzione del prodotto nello svolgimento della propria attività commerciale, omettendo di indicare al consumatore finale l'identità e le generalità del produttore entro il termine di tre mesi dalla richiesta²⁴⁷;
- all'importatore del bene da un Paese non appartenente all'Unione Europea. Al riguardo, il Supremo Collegio, superando le reticenze del testo legislativo, ha affermato, infatti, che *“l'importatore e distributore in Italia di un autoveicolo prodotto da un soggetto residente all'interno dell'Unione Europea non risponde dei danni causati dal difetto di fabbricazione del veicolo stesso, giacché in tal caso l'art. 3, comma 4, d.P.R. 24 maggio 1988 n. 224, consente al consumatore di promuovere il giudizio risarcitorio direttamente nei confronti del produttore”*²⁴⁸.

I predetti soggetti, la cui attività economica è soggetta alla disciplina sulla responsabilità del produttore, corrispondono, appunto, alle imprese legittimate ad essere convenute nei giudizi di classe promossi per la tutela dei diritti omogenei spettanti ai consumatori finali dei prodotti o dei servizi ritenuti difettosi.

Proprio sulla scorta di questo assunto, è stata dichiarata la manifesta infondatezza della domanda giudiziale che, benché protesa, alla tutela dei diritti

²⁴⁷ Cfr. art. 116, comma I, D.Lgs. 06.09.2005, n. 206:

“Quando il produttore non sia individuato, è sottoposto alla stessa responsabilità il fornitore che abbia distribuito il prodotto nell'esercizio di un'attività commerciale, se ha omissis di comunicare al danneggiato, entro il termine di tre mesi dalla richiesta, l'identità e il domicilio del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto”.

²⁴⁸ Cassazione civile, sez. III, 20.05.2009, n. 11710, in *Archivio giuridico circolazione e sinistri*, 2009, 9, 696; in senso conforme cfr. anche: Cassazione civile, sez. III, 14.06.2005, n. 12750, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 6.

omogenei spettanti ai consumatori verso il produttore, era stata rivolta nei confronti del distributore finale²⁴⁹.

Va segnalato, inoltre, come l'art. 140-*bis*, a differenza dell'art. 114, menzioni esplicitamente anche il produttore di servizi, in relazione ai quali il difetto potrebbe consistere nella difformità fra quanto promesso e quanto effettivamente realizzato, a prescindere che la stessa si traduca o meno in un elemento della realtà materiale.

Per verificare, invece, in che cosa si concretizzi, in questa particolare tipologia di azioni, il requisito dell'omogeneità, occorre spendere alcune brevi considerazioni sulle caratteristiche peculiari della disciplina del danno da prodotto difettoso, la quale, a seconda degli orientamenti interpretativi, pare delineare, in capo al produttore, una fattispecie di responsabilità oggettiva ovvero una presunzione assoluta di colpa.

Si consideri, al riguardo, come la responsabilità in questione sorga dalla messa in circolazione di un prodotto difettoso, dovendo considerarsi tale ogni bene di consumo²⁵⁰ che, a prescindere dalla sua eventuale intrinseca pericolosità, non offra il grado di sicurezza legittimamente attesa, la quale, a sua volta, dovrà essere valutata tenendo in considerazione tutte le circostanze e, in particolar modo:

- a) i modi attraverso i quali è stato messo in circolazione, le sue modalità di presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite;
- b) l'utilizzo al quale può essere ragionevolmente destinato e i comportamenti che, in relazione ad esso, si possono ragionevolmente prevedere;
- c) il periodo storico dell'immissione in circolazione.

²⁴⁹ Tribunale di Milano, sez. VIII, 20.12.2010, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 5, 1096.

²⁵⁰ Più precisamente, ai sensi dell'art. 15 del D.Lgs. 206/2005, è soggetto alla disciplina sulla responsabilità da prodotto difettoso ogni bene mobile, anche se incorporato in altro bene mobile o immobile, ivi compresa l'energia elettrica.

In presenza di un prodotto dotato delle predette caratteristiche, il danneggiato è onerato soltanto di provare il pregiudizio sofferto e la riconducibilità eziologica del medesimo al difetto riscontrato sul bene, senza nulla dover allegare e dimostrare in merito ai requisiti soggettivi del dolo o della colpa, sui quali, il più delle volte, il consumatore finale si troverà in uno stato di totale ignoranza.

Il produttore, dal canto suo, per esonerarsi dal gravame risarcitorio, è tenuto a dimostrare la sussistenza di una delle cause di esclusione della responsabilità codificate dall'art. 118, ossia che:

- A. il produttore non ha messo il prodotto in circolazione;
- B. il difetto che ha cagionato il danno non esisteva al momento dell'immissione in circolazione;
- C. il produttore non ha fabbricato il prodotto per la vendita o per qualsiasi altra forma di distribuzione a titolo oneroso, né lo ha fabbricato o distribuito nell'esercizio della propria attività professionale (imprenditoriale, nell'azione di classe, non potendo la stessa esperirsi contro i professionisti);
- D. il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a una norma giuridica imperativa o a un provvedimento vincolante;
- E. lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso;
- F. nel caso del produttore o fornitore di una parte componente o di una materia prima, il difetto è interamente dovuto alla concezione del prodotto in cui è stata incorporata la parte o materia prima o alla conformità di questa alle istruzioni date dal produttore che la ha utilizzata.

Alla luce di questi riferimenti normativi, è discussa la riconducibilità della disciplina sul danno da prodotto difettoso a fattispecie di responsabilità puramente

obiettive, cioè fondate sul mero nesso di causalità fra l'oggetto lesivo ed il danno cagionato al consumatore, atteso che, per un verso, la norma in parola sembra prescindere totalmente da ogni indagine sul quoziente soggettivo caratterizzante l'azione del danneggiante²⁵¹, ma, dall'altro, richiede pur sempre la difettosità del prodotto, relegando all'area del giuridicamente irrilevante i pregiudizi arrecati da beni regolarmente conformati²⁵².

Posto, però, che, qualunque sia l'opzione ermeneutica privilegiata, il difetto rappresenta comunque l'elemento generatore della responsabilità (sia che lo stesso venga inteso come presupposto obiettivo d'applicazione della disposizione, che come mero indice espressivo di colpevolezza), appare legittimo supporre che l'omogeneità dei diritti sussista ove il danno lamentato dagli aderenti alla azione di classe derivi dal medesimo difetto del prodotto.

Il principio potrebbe soffrire una deroga nell'ipotesi in cui i pregiudizi arrecati dai vizi del prodotto presentassero un elevato grado di diversificazione, evenienza, questa, che dovrebbe ricorrere con estrema frequenza nel caso dei danni alla persona, in cui il *quantum* risarcitorio non potrà determinarsi se non previo esperimento di un dettagliato ed analitico procedimento di individualizzazione²⁵³.

Anche in questo caso, nel giudizio preliminare d'ammissibilità, il Giudice dovrà peritarsi nella ricerca di un criterio omogeneo per il calcolo di tutti i

²⁵¹ A favore di questa teoria, si è esposto che “*il d.P.R. n. 224/88, attuativo della direttiva CEE n. 85/374, (configurando una responsabilità oggettiva dell'importatore del prodotto difettoso per i danni derivatine a cagione del difetto) mira alla salvaguardia 'dei consumatori dagli effetti di vizi inerenti a prodotti lavorati immessi in circolazione da operatori economici professionali anche a prescindere dalla configurabilità di elementi di colpevolezza'*” (Cassazione civile, sez. III, 14.06.2005, n. 12750, in *Foro italiano*, 2006, 9, I, 2435).

²⁵² In questo si sono indirizzati i più recenti arresti della Suprema Corte, “*la responsabilità da prodotto difettoso ha natura presunta, e non oggettiva, poiché prescinde dall'accertamento della colpevolezza del produttore, ma non anche dalla dimostrazione dell'esistenza di un difetto del prodotto. Incombe, pertanto, sul soggetto danneggiato – ai sensi dell'art. 8 del D.P.R. 24.05.1988, n. 224 (trasfuso nell'art. 120 del cd. 'codice del consumo') – la prova del collegamento causale non già tra prodotto e danno, bensì tra difetto e danno'*” (Cassazione civile, sez. III, 29.05.2013, n. 13458, in *Giust. civ. Mass.*, 2013).

²⁵³ G. CONTE. *I diritti individuali omogenei nella disciplina dell'azione di classe*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 5, 609.

pregiudizi protestati nel contesto dell'azione di classe e, soltanto in caso di esito positivo, disporre gli opportuni provvedimenti per la prosecuzione del processo.

In questo frangente, il Giudice, allo scopo di rendere praticabile la trattazione unitaria e cumulata di azioni analoghe, benché dotate di un tangibile grado di diversità, potrebbe permettere la creazione di sottoclassi, distinguendo, ad esempio (e ciò parrebbe l'ipotesi più significativa), fra danni alle cose e danni alle persone, qualora entrambi siano lamentati dai consumatori²⁵⁴. Diversamente, ove si ritenesse che la classe non possa subire alcuna frammentazione, ben difficilmente azioni di responsabilità del produttore potrebbero uscire indenni dal filtro d'ammissibilità, stante la variegata molteplicità di pregiudizi che il bene viziato è idoneo ad arrecare alla salute ed al patrimonio del consumatore.

Non si può escludere, poi, che il difetto del prodotto possa generare, unitamente a responsabilità risarcitorie, anche obblighi di ripetizione, allorché il danno provocato sia apprezzato quale inadempimento di non scarsa importanza del fornitore, idoneo, in quanto tale, a giustificare la risoluzione del contratto e la conseguente restituzione del prezzo versato: in tal caso, potranno agitarsi contestualmente sia i diritti verso il produttore di cui alla lettera b), che i diritti contrattuali di cui alla lettera a).

²⁵⁴ P. PORRECA. *Ambito soggettivo e oggettivo dell'azione di classe*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 2, 541.

6. I DIRITTI OMOGENEI AL RISTORO DEL PREGIUDIZIO DERIVANTE AGLI STESSI CONSUMATORI E UTENTI DA COMPORTAMENTI ANTICONCORRENZIALI.

La tutela di classe accordata contro i comportamenti anticoncorrenziali muove dal convincimento, manifestatosi soprattutto nell'ambito comunitario²⁵⁵, secondo cui la tutela del libero mercato non possa essere affidata soltanto all'attività regolatrice e di controllo delle Autorità pubbliche (cd. *public enforcement*), ma vada coadiuvata dall'impiego dei rimedi propri del diritto civile (cd. *private enforcement*)²⁵⁶.

Non deve sorprendere, infatti, che gli strumenti privatistici, benché strutturalmente orientati al perseguimento di interessi egoistici, possano contribuire alla realizzazione del bene comune, costituendo la minaccia proveniente dalle pretese risarcitorie dei cittadini un forte deterrente contro l'adozione di comportamenti scarsamente trasparenti²⁵⁷.

In questo senso, depongono diversi arresti della Corte di Giustizia, la quale, sul punto:

- ha predicato l'illegittimità delle norme nazionali che impediscono a chiunque ne abbia interessi di far valere giudizialmente la nullità di accordi contrastanti con l'art. 101 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, salvo che l'attore non abbia significativamente concorso alla stipulazione del contratto impugnato. Ciò in quanto il diniego della tutela risarcitoria ai

²⁵⁵ Si consideri, ad esempio, il libro bianco del 02.04.2008, realizzato dalla Commissione Europea, in materia di antitrust, che muove dal presupposto della pari dignità fra gli strumenti pubblicistici e privatistici nella protezione del libero mercato.

²⁵⁶ G. CONTE. *I diritti individuali omogenei nella disciplina dell'azione di classe*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 5, 609.

²⁵⁷ R. PARDOLESI. *Private enforcement: da com'eravamo alle prospettive di un futuro incisivo*, in *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, a cura di G.A. Benacchio – M. Carpagnano, in *Atti del II Convegno di studio tenuto presso la facoltà di giurisprudenza di Trento*, pag. 19. Padova, 2009.

danneggiati dalle intese vietate finisce per ostacolare la piena effettività delle norme comunitarie in materia di concorrenza²⁵⁸;

- ha precisato che la competenza del legislatore nazionale, nel disciplinare il risarcimento del danno derivante da intese contrarie alla concorrenza, è circoscritta alla definizione delle regole che governano l'accertamento del nesso di causalità, comunque necessariamente improntato ai principi d'effettività e d'equivalenza²⁵⁹.

La valorizzazione dell'interesse privato nella salvaguardia della concorrenza è stata salutata con favore anche dalla nostre Sezioni Unite, le quali, sciogliendo le divergenze in termini, hanno riconosciuto come le norme in materia di concorrenza si rivolgano a tutti gli operatori del mercato, legittimando i consumatori ad agire giudizialmente per ottenere il risarcimento del danno correlato alla stipulazione di contratti con imprese che, grazie ad intese illecite con i propri concorrenti *ex art. 33, comma II, legge 10.10.1990, n. 287*, abbiano conseguito condizioni negoziali ingiustamente favorevoli²⁶⁰.

Questa soluzione interpretativa ha trovato ulteriore conferma nelle successive riflessioni della Suprema Corte, nelle quali si è diffusamente argomentato che *“l'azione risarcitoria, proposta dall'assicurato – ai sensi della legge n. 287 del 1990, art. 33, comma 2 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato) – nei confronti dell'assicuratore che sia stato*

²⁵⁸ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 20.09.2001, n. 453, in *Europa e diritto privato*, 2002, 785.

²⁵⁹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. III, 13.07.2006, n. 295, in *Guida al diritto*, 2006, 30, 100.

²⁶⁰ Cassazione civile, S.U., 04.02.2005, n. 2207, in *Rassegna di diritto farmaceutico*, 2005, 6, 1201, con nota di B. LIBONATI. *Responsabilità extracontrattuale per violazione di norme*, in *Corriere Giuridico*, 2005, 315. *Ibidem*: *“la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere”*. Le Sezioni Unite superano il precedente orientamento che negava la legittimazione del consumatore alla stregua della legge 287/1990, ammettendo, però, un margine di tutela grazie all'applicazione della disciplina ordinaria sulla responsabilità civile (Cassazione civile, sez. I, 09.12.2002, n. 17475, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2003, II, 325).

sottoposto a sanzione dall'Autorità Garante per aver partecipato ad un'intesa anticoncorrenziale, tende alla tutela dell'interesse giuridicamente protetto (dalla normativa comunitaria, dalla Costituzione e dalla legislazione nazionale) a godere dei benefici della libera competizione commerciale (interesse che può essere direttamente leso da comportamenti anticompetitivi posti in essere a monte dalle imprese), nonché alla riparazione del danno ingiusto, consistente nell'aver pagato un premio di polizza superiore a quello che l'assicurato stesso avrebbe pagato in condizioni di libero mercato. In siffatta azione l'assicurato ha l'onere di allegare la polizza assicurativa contratta (quale condotta finale del preteso danneggiante) e l'accertamento, in sede amministrativa, dell'intesa anticoncorrenziale (quale condotta preparatoria), ed il giudice potrà desumere l'esistenza del nesso causale tra quest'ultima ed il danno lamentato anche attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni, senza però omettere di valutare gli elementi di prova offerti dall'assicuratore che tenda a provare contro le presunzioni o a dimostrare l'intervento di fattori causali diversi, che siano stati da soli idonei a produrre il danno, o che abbiano, comunque, concorso a produrlo. Accertata, dunque, l'esistenza di un danno risarcibile, il giudice potrà procedere in via equitativa alla relativa liquidazione, determinando l'importo risarcitorio in una percentuale del premio pagato, al netto delle imposte e degli oneri vari”²⁶¹.

Alla luce di ciò, non può che destare notevoli perplessità il testo dell'art. 140-bis nella parte in cui rende estremamente ardua la proposizione di azioni collettive fondate sugli illeciti in questione. Si consideri, al riguardo, come il consumatore avveduto, capace di scorgere la scorrettezza della pratica commerciale, ben difficilmente instaurerà rapporti giuridici con le imprese sospette e, conseguentemente, non soffrirà, di regola, quel danno che, ai sensi dell'art. 140-bis, sostanzia l'interesse ad agire²⁶². Né il cittadino desideroso di

²⁶¹ Cassazione civile, sez. III, 02.02.2007, n. 2305, in *Il civilista*, 2011, 5, 65.

²⁶² L'osservazione è di: M. LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette?*, in *Rivista di diritto industriale*, 2011, 4-5, 147.

combattere atteggiamenti anticoncorrenziali potrà proporre la domanda inibitoria ex art. 140, riservando tale previsione normativa la legittimazione ad agire ai soli enti esponenziali.

La conseguenza (certamente paradossale) sarà, verosimilmente, che le associazioni dei consumatori acquisiranno la signoria di fatto sulla proposizione e sulla gestione delle azioni di classe, dovendo soltanto premurarsi di reperire un mandante, effettivamente danneggiato, cui attribuire la formale titolarità della domanda²⁶³.

A questo punto, però, sorge spontaneo chiedersi perché il legislatore non abbia attribuito agli enti collettivi un'autonoma legittimazione ad agire, magari concorsuale con quella comunque riconosciuta ai consumatori²⁶⁴. L'unica spiegazione plausibile è che si sia preferito rinvenire negli studi legali specializzati i veri *dominus* delle azioni di classe, benché, in Italia, a differenza che negli Stati Uniti d'America, non esiste alcun incentivo alla formazione di tali compagini professionali²⁶⁵.

Parimenti, sempre in punto di coerenza dell'intervento legislativo rispetto alle finalità di *private enforcement* perseguite, non è agevolmente spiegabile la scelta di negare la legittimazione ad agire agli utilizzatori finali del prodotto o del servizio che non rivestano la qualità di consumatore: scelta, questa, ancor più discutibile, se sol si consideri come le imprese, essendo naturalmente orientate alla predisposizione di profitti, tendano inevitabilmente a reagire giudizialmente

²⁶³ Si è parlato di conseguenza paradossale per il fatto che, nell'intenzione del legislatore e secondo gli auspici della dottrina prevalente, la nuova formulazione dell'art. 140-*bis* avrebbe dovuto relegare le associazioni dei consumatori su un piano secondario (vedasi: P. FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in www.ilcaso.it, n. 172/2009, pag. 42).

²⁶⁴ Siffatta scelta legislativa, peraltro, viene giudicata incostituzionale da numerosi commentatori che ravvisano un'arbitraria disparità di trattamento fra le discipline sulla legittimazione nell'azione collettiva risarcitoria (art. 140-*bis*) e quella nell'azione inibitoria (art. 140). Tra i tanti, vedasi: A. RICCIO, *La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*, in *Contratto e impresa*, 2010, 11.

²⁶⁵ L'obiezione viene sovente sollevata nei commenti relativi all'azione di classe: P. PORRECA, *Ambito soggettivo e oggettivo dell'azione di classe*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 543; R. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro italiano*, 2009, V, 383.

avverso gli inadempimento sofferti con maggiore frequenza rispetto agli altri operatori di mercato²⁶⁶.

In materia di illeciti anticoncorrenziali, possono sorgere, poi, alcune difficoltà nell'individuazione del Giudice competente, atteso che l'art. 33 della legge 287/1990, con disposizione dotata, a detta della giurisprudenza²⁶⁷, dei caratteri della specialità, assegna il compito di conoscere di applicare la normativa al Tribunale delle imprese ovvero alla Corte d'Appello, a seconda che, rispettivamente, vengano coinvolte o meno norme di matrice comunitaria.

Tuttavia, dovendo considerarsi anch'esso una prescrizione speciale, l'art. 140-*bis*, nella risoluzione dell'antinomia, sembra destinato a prevalere sull'art. 33 della legge 287/1990 in forza del criterio cronologico, con conseguente avocazione della competenza a trattare l'azione di classe al Tribunale in composizione collegiale²⁶⁸.

Tale soluzione merita una riflessione più approfondita nell'ipotesi in cui, nel contesto delle domande formulate dal proponente, la richiesta risarcitoria o restitutoria dei consumatori trovi nell'accertamento della nullità del contratto il proprio antecedente causale, apparendo tutt'altro che irragionevole ipotizzare che la prima fase del giudizio sia affidata alla Corte d'Appello (o al Tribunale delle Imprese) e, in caso di dichiarata invalidità, i consumatori possano svolgere le proprie domande risarcitorie o restitutorie avanti il Tribunale in composizione collegiale: tuttavia, esigenze di economia processuale paiono suggerire la concentrazione dell'intero processo innanzi al Giudice competente a conoscere dell'azione di classe.

Dal punto di vista del diritto sostanziale, occorre invece soffermarsi sul dibattito relativo alla validità del contratto concluso tra il consumatore e l'impresa

²⁶⁶ A. GIUSSANI. *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2011, 3, 371.

²⁶⁷ Corte d'Appello di Torino, 07.08.2001, in *Diritto industriale*, 2002, 261; Corte d'Appello di Cagliari, 23.01.1999, in *Rivista giuridica sarda*, 1999, 700.

²⁶⁸ G. CONTE. *I diritti individuali omogenei nella disciplina dell'azione di classe*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 5, 609.

che abbia partecipato ad un accordo collusivo con i propri *competitors* a discapito del libero mercato.

Molteplici ipotesi d'invalidità affiorano dal formante dottrinale, ove si è parlato tanto di annullabilità determinata dal vizio del consenso espresso dal consumatore²⁶⁹, quanto da nullità per illiceità dell'oggetto²⁷⁰, per illiceità della causa²⁷¹, per violazione di norma imperativa²⁷² ovvero per mera estensione della nullità inficiante l'intesa, permessa dall'asserita sussistenza di un collegamento negoziale²⁷³.

Tutte queste ricostruzioni, tuttavia, non riescono a replicare in maniera sufficientemente persuasiva all'obiezione secondo cui la cospirazione anticoncorrenziale, essendo ignorata dai consumatori, non potrebbe giammai riverberarsi sulla validità dei contratti stipulati da questi ultimi con l'imprenditore colluso.

Per superare tale critica, si dovrebbe prospettare che il collegamento funzionale prescindendo dall'identità e dallo stato soggettivo dei contraenti, potendo intercorrere anche tra contratti che, diversi per contenuto, coinvolgano soggetti completamente differenti.

Ma, anche a voler ragionare in questi termini, persisterebbero comunque notevoli problemi, atteso che le prospettate ipotesi di nullità, incidendo (non già su una specifica clausola, ma) sull'intero contratto, comporterebbero l'eliminazione di un rapporto che è il consumatore stesso a voler conservare.

²⁶⁹ M. MELI. *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese concorrenziali*, pag. 193. Milano, 2001.

²⁷⁰ C. CASTRONOVO. *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2002, 473.

²⁷¹ M. LIBERTINI. *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno e responsabilità*, 2005, 237. Non può prospettarsi, invece, una nullità da motivo illecito proprio perché la volontà di eludere la concorrenza è posseduta (o comunque conosciuta) da uno solo dei contraenti e totalmente ignorata dall'altro.

²⁷² G. OPPO. *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, 546.

²⁷³ N. SALANITRO. *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca borsa titoli di credito*, 1995, II, 420.

Difetta, infatti, nel nostro ordinamento, una norma che, espressamente ed inequivocabilmente, preveda, in termini generali, la manutenzione di contratti alterati dalla condotta antigiuridica di una delle parti, ove la vittima di tali illeciti non abbia interesse all'integrale eliminazione del rapporto instaurato.

Nemmeno può percorrersi, a tal fine, la strada del dolo incidentale *ex art.* 1440 c.c., giacché, in presenza di tale fattispecie, la predetta norma ammette il risarcimento del danno, ma non la sostituzione delle clausole espressive del raggiro o dell'inganno con le condizioni che si sarebbero pattuite in una situazione di correttezza e di trasparenza.

Senza contare, poi, che la tradizionale distinzione fra regole di validità e regole di comportamento rende piuttosto arduo associare l'intesa anticoncorrenziale ad un vizio del contratto con il consumatore, anche qualora si dimostri che la prima abbia agevolato l'imprenditore nella stipulazione del secondo.

Codesti ostacoli inducono a ritenere che all'utente vittima di un accordo collusivo convenga esperire un'azione di responsabilità contrattuale, riconducendo gli esborsi effettuati in dipendenza del contratto (di cui si sarebbe richiesta la restituzione mediante la domanda di nullità o di annullamento) a dei danni risarcibili.

A questo proposito, ci si è interrogati in merito all'imputabilità, in capo all'imprenditore partecipe del sodalizio anticoncorrenziale, di una responsabilità oggettiva per i danni cagionati alla categoria dei consumatori o degli utenti che, a valle, hanno risentito della lesione della libera concorrenza.

In assenza di una specifica previsione in questo senso, una risposta positiva può essere argomentata soltanto per via esegetica o prospettando che l'art. 140-*bis* astragga la responsabilità da illeciti anticoncorrenziali dall'elemento soggettivo²⁷⁴ ovvero interpretando in via analogica altre previsioni

²⁷⁴ L. NIVARRA. *L'azione collettiva risarcitoria e il diritto antitrust*, in *Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*, pag. 167.

dell'ordinamento, come, ad esempio, l'art. 2600, comma III, c.c. in tema di concorrenza sleale²⁷⁵.

Pare, infatti, che, in entrambi i casi, possa predicarsi, in capo all'autore materiale della condotta antiggiuridica, una colpa talmente lapalissiana da giustificare l'astensione da qualsivoglia altro accertamento in punto di quoziente soggettivo, salvo, ovviamente, che il soggetto chiamato a risponderne fornisca la prova di essere incorso in un errore scusabile²⁷⁶.

Con riguardo alla fase di liquidazione del pregiudizio, il principio dell'integralità del risarcimento, unitamente alle indicazioni della Corte di Giustizia dirette ad evidenziare la funzione deterrente e regolatrice del mercato rivestita dalla responsabilità civile²⁷⁷, indurrà al Giudice di riconoscere ai consumatori tanto il danno emergente, quanto le occasioni di guadagno perdute.

Verosimilmente, però, gli attori incontreranno preoccupanti ostacoli nella dimostrazione del nesso di causalità, dovendo, in questo frangente, offrire la prova dei vantaggi che avrebbero conseguito ovvero delle condizioni economiche a cui avrebbero stipulato il contratto in assenza delle intese restrittive della concorrenza.

Potranno soccorrere, a questo fine, le metodologie attraverso le quali, ai sensi del comma XII dell'art. 140-*bis*, il Collegio deve procedere alla liquidazione del pregiudizio, consistenti nel giudizio equitativo *ex art.* 1226 c.c. ovvero nella definizione di criteri omogenei di calcolo.

Si consideri, però, come, nel sistema risarcitorio italiano, sia ben chiara la differenza fra prova dell'esistenza del danno e prova del suo preciso ammontare, potendo il Giudice ricorrere alla valutazione equitativa soltanto dopo che il danneggiato, mediante l'impiego degli ordinari mezzi di prova, abbia dimostrato la fondatezza, in termini di *an*, della propria pretesa risarcitoria.

²⁷⁵ M. TAVASSI – M. SCUFFI. *Diritto processuale antitrust*, pag. 311. Milano, 1998.

²⁷⁶ G. CONTE. *I diritti individuali omogenei nella disciplina dell'azione di classe*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 5, 609.

²⁷⁷ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. III, 13.07.2006, n. 295, in *Guida al diritto*, 2006, 30, 100.

È pacifico, infatti, che “*la facoltà per il giudice di liquidare in via equitativa il danno esige due presupposti: in primo luogo, che sia concretamente accertata l’ontologica esistenza di un danno risarcibile, prova il cui onere ricade sul danneggiato, e che non può essere assolto semplicemente dimostrando che l’illecito ha soppresso una cosa determinata, se non dimostri altresì che questa fosse suscettibile di valutazione economica; in secondo luogo, il ricorso alla liquidazione equitativa esige che il giudice di merito abbia previamente accertato che l’impossibilità di una stima esatta del danno dipenda da fattori oggettive, e non già dalla negligenza della parte danneggiata nell’allegare e dimostrare gli elementi dai quali desumere l’entità del danno*”²⁷⁸.

Tuttavia, la circostanza che, nella struttura del XII comma, il richiamo all’equità viene mantenuto distinto rispetto ai criteri omogenei di calcolo parrebbe suggerire come questi ultimi siano applicabili proprio per la liquidazione di pregiudizi soltanto verosimili.

In altre parole, ove, in merito all’effettiva sussistenza del danno, sia stata fornita una prova significativa, ma incapace di dipanare qualsivoglia certezza, il Tribunale, anziché procedere al rigetto della domanda, dovrebbe, secondo tale impostazione, liquidare il pregiudizio in misura attenuata, avvalendosi, appunto, dei criteri omogenei di calcolo²⁷⁹.

Si riuscirebbe a ricostruire, per questa via, una sorta di *punitive damages*, ossia un risarcimento di dimensioni economiche superiori rispetto al valore dei pregiudizi che l’attore è riuscito a dimostrare, funzionale a soddisfare esigenze di deterrenza, piuttosto che logiche compensative. E ciò anche a costo di accettare statuizioni di condanna fondate su formule risarcitorie piuttosto elastiche, se non addirittura approssimative.

Con riguardo alla prescrizione, invece, sembra applicabile il termine quinquennale previsto dall’art. 2947, comma I, c.c. in tema di risarcimento del

²⁷⁸ Cassazione civile, sez. III, 19.11.2013, n. 25912, in *Diritto & Giustizia*, 2013, 20 novembre.

²⁷⁹ G. CONTE. *I diritti individuali omogenei nella disciplina dell’azione di classe*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 5, 609.

danno derivante da responsabilità aquiliana, benché persistano margini di incertezza circa la collocazione temporale del *dies a quo*, ricondotto dalla giurisprudenza di legittimità alla data in cui il consumatore ha acquisito contezza della cospirazione anticoncorrenziale²⁸⁰ e dalla dottrina più autorevole al momento della conoscenza del pregiudizio sofferto²⁸¹. Quest'ultima soluzione pare maggiormente conforme alla natura dell'illecito aquiliano, il perfezionamento del quale, come noto, non presuppone unicamente la mera manifestazione di un evento lesivo, ma necessita altresì della produzione di un danno ingiusto; di tal che appare ragionevole argomentare come la prescrizione esordisca allorché quest'ultimo si sia estrinsecato nella realtà materiale²⁸².

Va precisato, infine, come l'azione di classe possa essere esperita sia qualora l'Autorità italiana o comunitaria posta a presidio del buon funzionamento del mercato abbia già accertato, sul piano pubblicistico, il contegno anticoncorrenziale (cd. azioni *follow on*), sia allorché tale preventiva delibazione non sia stata effettuata (cd. azioni *stand-alone*).

Per quanto concerne la prima ipotesi, che, verosimilmente, rappresenterà la situazione più frequente nella casistica del giudizio di classe, preme specificare come il giudizio dell'Autorità amministrativa, benché estremamente importante

²⁸⁰ Cassazione civile, sez. III, 02.02.2007, n. 2305, in *Il civilista*, 2009, 4, 82.

²⁸¹ M. LIBERTINI, *L'applicazione delle norme antitrust europee da parte dei giudici nazionali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo – S. Mazzamuto, III, pag. 375. Milano, 2007.

²⁸² La questione è stata abbondantemente esaminata dalla giurisprudenza occupatasi delle controversie attinenti i danni da contagio, giungendo alla conclusione per cui “*il termine sia quinquennale e inizi a decorrere, ai sensi dell'art. 2947, comma 1, del codice civile, non dal momento in cui il terzo determina la modificazione che produce danno all'altrui diritto o dal momento in cui la malattia si manifesta all'esterno, ma dal momento in cui la malattia viene percepita o può essere percepita quale danno ingiusto conseguente al comportamento doloso o colposo del terzo, usando l'ordinaria diligenza e tenuto conto della diffusione delle conoscenze scientifiche. Viceversa, qualora non sia conoscibile la causa del contagio, la prescrizione non può iniziare a decorrere, poiché la malattia, sofferta come tragica fatalità non imputabile al terzo, non è idonea in sé a concretizzare il fatto che il citato art. 2947 del c.c. individua quale esordio della prescrizione. In tale ipotesi, dunque, al criterio della conoscibilità del danno deve affiancarsi quello della rapportabilità causale, nel senso che nell'individuazione del 'dies a quo' non può prescindersi né dalla disamina dell'evolversi della malattia con tutte le sue componenti essenziali e irreversibili, né dall'analisi rigorosa delle informazioni cui la vittima ha avuto accesso o per la cui acquisizione si sarebbe dovuta diligentemente attivare e della loro idoneità a consentire al danneggiato una conoscenza, ragionevolmente completa, circa i dati necessari per l'instaurazione del giudizio*” (Corte d'Appello di Napoli, sez. IV, 11.07.2013, n. 2875, in *Guida al diritto*, 2013, 43, 67).

nell'indirizzare il Giudice nell'operazione di ricostruzione del fatto storico, non integrerà una prova legale, se non altro perché il processo collettivo, essendo precipuamente orientato alla tutela degli interessi individuali, non potrà limitarsi alle valutazioni relative all'antigiuridicità dell'operato dell'impresa, ma dovrà addentrarsi in considerazioni, più o meno approfondite, circa la sussistenza dei danni risarcibili²⁸³.

Ciò non toglie, tuttavia, a tali decisioni, soprattutto qualora abbiano superato il vaglio del Giudice amministrativo, la dignità e l'attitudine rappresentativa propria di uno strumento di prova privilegiato²⁸⁴, come ribadito dalla Suprema Corte, quando spiega che *“allorché le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi degli artt. 81 e 82 del Trattato su fattispecie che siano già oggetto di una decisione adottata dalla Commissione, non possano prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Tale vincolo, fra l'altro, riguarda le decisioni della Commissione e non delle Autorità garanti nazionali, mentre la giurisprudenza e le proposte normative di cui si sta discutendo indicano nell'eventuale decisione già intervenuta dall'A.G. uno strumento di prova privilegiato, a fronte del quale si potrebbe configurare un'inversione dell'onere della prova”*²⁸⁵.

Simile interpretazione, tuttavia, si espone alla critica secondo cui, allo stesso modo in cui l'azione intentata dai consumatori non si fonda su un provvedimento dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato, allora nemmeno la pronuncia (favorevole o sfavorevole che sia) dalla stessa

²⁸³ F. CINTIOLI. *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, in *Quaderni della rivista il diritto dell'Unione Europea*, diretta da A. Tizzano, n. 5, pag. 114. Milano, 2010.

²⁸⁴ V. FALCE. *Pratiche commerciali scorrette e azione di classe*, in *Diritto Mercato e Tecnologie* (rivista telematica, s.d.).

²⁸⁵ Cassazione civile, sez. I, 13.02.2009, n. 3638, in *Diritto & Giustizia*, 2009.

eventualmente adottata dovrebbe potersi impiegare nel contesto del giudizio civile²⁸⁶.

In altre parole, l'inesistenza di una pregiudiziale amministrativa induce a predicare l'irrelevanza del provvedimento colà adottato ai fini delle statuizioni del giudice civile, evidenziandosi altrimenti un verosimile vizio di incostituzionalità, sotto il profilo della ragionevolezza e del principio del giusto processo, nella misura in cui la norma in parola consentirebbe ai litiganti di attingere un contributo alle proprie tesi difensive da un procedimento nel quale il contraddittorio fra le parti non si è compiutamente realizzato²⁸⁷.

Non si può parlare, in ogni caso, di disapplicazione, da parte del Giudice civile, di provvedimenti amministrativi considerati illegittimi, non ostacolando la piena efficacia di questi ultimi l'integrale accoglimento di una domanda contraria al loro contenuto²⁸⁸.

Non si dimentichi, infine, come il sesto comma dell'art. 140-*bis* contempli il generico potere del Collegio di sospendere il giudizio di classe sino alla definizione dell'istruttoria innanzi all'Autorità Amministrativa o al conseguente processo amministrativo, avente ad oggetto l'impugnazione del provvedimento emanato dall'*Autorithy*, senza, tuttavia, specificare quale siano le modalità prescritte per la riassunzione²⁸⁹.

²⁸⁶ I. PAGNI. *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, II, 357.

²⁸⁷ M. LIBERTINI. *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Rivista di diritto industriale*, 2011, 4-5, 147.

²⁸⁸ Si è osservato, al riguardo, che la formazione del giudicato amministrativo non ostacola lo svolgimento del giudizio civile sul danno, richiedendo quest'ultimo accertamenti, anche di carattere meramente soggettivo, incompatibili con il procedimento amministrativo (G. CONTE. *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in www.judicium.com).

²⁸⁹ Sul punto, vedasi pure: M. SPATA. *Pratiche commerciali scorrette e follow on action*, in *Persona e danno* (rivista telematica), 21 marzo 2008.

7. I DIRITTI OMOGENEI AL RISTORO DEL PREGIUDIZIO DERIVANTE AGLI STESSI CONSUMATORI E UTENTI DA PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE.

Le pratiche commerciali scorrette costituiranno, verosimilmente, il principale banco di prova della *class action*, rappresentando il maggiore punto di contatto fra gli interessi dei consumatori e gli obiettivi di regolazione e di armonizzazione del mercato che l'art. 140-*bis*, implicitamente, ma diffusamente, persegue²⁹⁰.

La definizione di pratica commerciale scorretta, secondo l'insegnamento dottrinale praticamente uniforme, si desume dalle pertinenti disposizioni del Codice del Consumo e, in special modo, dagli artt. 18-26²⁹¹, non soltanto per l'ovvia ragione che l'art. 140-*bis* si inserisce nelle venature del medesimo, ma anche perché tali previsioni normative, essendo ritagliate sulla figura del consumatore, appaiono piuttosto calzanti rispetto ai diritti soggettivi invocabili attraverso l'azione di classe.

Si consideri, allora, come il Codice del Consumo delinea un concetto piuttosto ampio ed elastico di pratica commerciale scorretta, idonea a comprendere, al proprio interno, ogni attività commerciali espressiva dei seguenti due connotati:

- a) la contrarietà alla diligenza professionale;
- b) l'idoneità del mendacio da essa propalato a compromettere la volontà negoziale del fruitore del bene o del servizio.

Naturalmente, fra i due predetti elementi costitutivi della fattispecie deve intercorrere un nesso di causalità, non potendo certamente censurarsi, quale pratica commerciale scorretta, un atteggiamento non impeccabile sotto il profilo

²⁹⁰ M. LIBERTINI. *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Rivista di diritto industriale*, 2011, 4-5, 147.

²⁹¹ P. FABBIO. *Azione di classe e illeciti concorrenziali: ambito di applicazione oggettivo e soggettivo*, in *A.I.D.A.*, 2010, 383.

della correttezza imprenditoriale, ma incapace di produrre alcun effetto deviante sulla domanda²⁹².

Il sindacato sulla genuinità della pratica commerciale dovrà articolarsi in una duplice fase, presupponendo, dapprima, la verifica circa la riconducibilità del contegno adottato dall'imprenditore alle pratiche commerciali ingannevoli o aggressive, le cui fattispecie tipiche sono descritte, rispettivamente, dagli artt. 23²⁹³ e 26²⁹⁴ del Codice del Consumo, assistite, in quanto tali, da una presunzione *iuris et de iure* di slealtà.

²⁹² C. CAMARDI. *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, pag. 363. Padova, 2010.

²⁹³ Alla stregua dell'art. 23:

“Sono considerate in ogni caso ingannevoli le seguenti pratiche commerciali:

- a) affermazione non rispondente al vero, da parte di un professionista, di essere firmatario di un codice di condotta;*
- b) esibire un marchio di fiducia, un marchio di qualità o un marchio equivalente senza aver ottenuto la necessaria autorizzazione;*
- c) asserire, contrariamente al vero, che un codice di condotta ha l'approvazione di un organismo pubblico o di altra natura;*
- d) asserire, contrariamente al vero, che un professionista, le sue pratiche commerciali o un suo prodotto sono stati autorizzati, accettati o approvati, da un organismo pubblico o privato o che sono state rispettate le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta;*
- e) invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo senza rivelare l'esistenza di ragionevoli motivi che il professionista può avere per ritenere che non sarà in grado di fornire o di far fornire da un altro professionista quei prodotti o prodotti equivalenti a quel prezzo entro un periodo e in quantità ragionevoli in rapporto al prodotto, all'entità della pubblicità fatta del prodotto e al prezzo offerti;*
- f) invitare all'acquisto di prodotti ad un determinato prezzo e successivamente:*
 - 1) rifiutare di mostrare l'articolo pubblicizzato ai consumatori, oppure*
 - 2) rifiutare di accettare ordini per l'articolo o di consegnarlo entro un periodo di tempo ragionevole, oppure*
 - 3) fare la dimostrazione dell'articolo con un campione difettoso, con l'intenzione di promuovere un altro prodotto.*
- g) dichiarare, contrariamente al vero, che il prodotto sarà disponibile solo per un periodo molto limitato o che sarà disponibile solo a condizioni particolari per un periodo di tempo molto limitato, in modo da ottenere una decisione immediata e privare i consumatori della possibilità del tempo sufficiente per prendere una decisione consapevole;*
- h) impegnarsi a fornire l'assistenza post-vendita a consumatori con i quali il professionista ha comunicato prima dell'operazione commerciale in una lingua diversa dalla lingua ufficiale dello Stato membro in cui il professionista è stabilito e poi offrire concretamente tale servizio soltanto in un'altra lingua, senza che questo sia chiaramente comunicato al consumatore prima del suo impegno a concludere l'operazione;*
- i) affermare, contrariamente al vero, o generare comunque l'impressione che la vendita del prodotto è lecita;*
- l) presentare i diritti conferiti ai consumatori dalla legge come una caratteristica propria dell'offerta fatta dal professionista;*
- m) salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, impiegare contenuti redazionali nei mezzi di comunicazione per promuovere un prodotto, qualora i costi di tale promozione siano stati sostenuti dal professionista senza che ciò emerga dai contenuti o da immagini o suoni chiaramente individuabili per il consumatore;*

-
- n) formulare affermazioni di fatto inesatte per quanto riguarda la natura e la portata dei rischi per la sicurezza personale del consumatore o della sua famiglia se egli non acquistasse il prodotto;
- o) promuovere un prodotto simile a quello fabbricato da un altro produttore in modo tale da fuorviare deliberatamente il consumatore inducendolo a ritenere, contrariamente al vero, che il prodotto è fabbricato dallo stesso produttore;
- p) avviare, gestire o promuovere un sistema di promozione a carattere piramidale nel quale il consumatore fornisce un contributo in cambio della possibilità di ricevere un corrispettivo derivante principalmente dall'entrata di altri consumatori nel sistema piuttosto che dalla vendita o dal consumo di prodotti;
- q) affermare, contrariamente al vero, che il professionista è in procinto di cessare l'attività o traslocare;
- r) affermare che alcuni prodotti possono facilitare la vincita in giochi basati sulla sorte;
- s) affermare, contrariamente al vero, che un prodotto ha la capacità di curare malattie, disfunzioni o malformazioni;
- t) comunicare informazioni inesatte sulle condizioni di mercato o sulla possibilità di ottenere il prodotto allo scopo d'indurre il consumatore all'acquisto a condizioni meno favorevoli di quelle normali di mercato;
- u) affermare in una pratica commerciale che si organizzano concorsi o promozioni a premi senza attribuire i premi descritti o un equivalente ragionevole;
- v) descrivere un prodotto come gratuito o senza alcun onere, se il consumatore deve pagare un supplemento di prezzo rispetto al normale costo necessario per rispondere alla pratica commerciale e ritirare o farsi recapitare il prodotto;
- z) includere nel materiale promozionale una fattura o analoga richiesta di pagamento che lasci intendere, contrariamente al vero, al consumatore di aver già ordinato il prodotto;
- aa) dichiarare o lasciare intendere, contrariamente al vero, che il professionista non agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, o presentarsi, contrariamente al vero, come consumatore;
- bb) lasciare intendere, contrariamente al vero, che i servizi post-vendita relativi a un prodotto siano disponibili in uno Stato membro diverso da quello in cui è venduto il prodotto”.

²⁹⁴ In base all'art. 26:

“Sono considerate in ogni caso aggressive le seguenti pratiche commerciali:

- a) creare l'impressione che il consumatore non possa lasciare i locali commerciali fino alla conclusione del contratto;
- b) effettuare visite presso l'abitazione del consumatore, ignorando gli inviti del consumatore a lasciare la sua residenza o a non ritornarvi, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale;
- c) effettuare ripetute e non richieste sollecitazioni commerciali per telefono, via fax, per posta elettronica o mediante altro mezzo di comunicazione a distanza, fuorché nelle circostanze e nella misura in cui siano giustificate dalla legge nazionale ai fini dell'esecuzione di un'obbligazione contrattuale, fatti salvi l'articolo 58 e l'articolo 130 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196;
- d) imporre al consumatore che intenda presentare una richiesta di risarcimento del danno in virtù di una polizza di assicurazione di esibire documenti che non possono ragionevolmente essere considerati pertinenti per stabilire la fondatezza della richiesta, o omettere sistematicamente di rispondere alla relativa corrispondenza, al fine di dissuadere un consumatore dall'esercizio dei suoi diritti contrattuali;
- e) salvo quanto previsto dal decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e successive modificazioni, includere in un messaggio pubblicitario un'esortazione diretta ai bambini affinché acquistino o convincano i genitori o altri adulti ad acquistare loro i prodotti reclamizzati;
- f) esigere il pagamento immediato o differito o la restituzione o la custodia di prodotti che il professionista ha fornito, ma che il consumatore non ha richiesto, salvo quanto previsto dall'articolo 54, comma 2, secondo periodo;
- g) informare esplicitamente il consumatore che, se non acquista il prodotto o il servizio saranno in pericolo il lavoro o la sussistenza del professionista;
- h) lasciare intendere, contrariamente al vero, che il consumatore abbia già vinto, vincerà o potrà vincere compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente oppure che qualsiasi azione volta a reclamare il

Successivamente, qualora tale vaglio abbia condotto ad un esito positivo, l'azione dell'imprenditore dovrà censirsi alla stregua della norma generale di cui all'art. 20, comma II, del Codice del Consumo, idoneo a fungere da clausola generale, stante la sua portata potenzialmente onnicomprensiva. È vero, però, che una previsione legislativa di questa fattura è destinata ad occupare uno spazio piuttosto modesto, atteso che gli elenchi contenuti negli artt. 23 e 26 appaiono piuttosto affollati e capaci di assorbire ogni condotta antitetica al costume dell'onesto imprenditore.

Nel complesso, può sostenersi che la protezione accordata al consumatore risulta piuttosto accentuata e, soprattutto, di celere e spedita realizzazione, non comportando penetranti valutazioni circa gli stati soggettivi caratterizzanti l'imprenditore e le dettagliate modalità attraverso le quali l'azione sleale è stata perpetrata. Non rilevano, infatti, ai fini della liceità del contegno, né il momento in cui la pratica commerciale è stata posta in essere – e, precisamente, prima, dopo o contestualmente alla stipulazione del contratto –, né la sussistenza di un rapporto di strumentalità rispetto ad una specifica operazione commerciale, né l'impiego di strumenti operativi intrinsecamente insidiosi.

Ciò che, invece, suscita maggiori difficoltà è l'assenza di una specifica disciplina dedicata alle conseguenze, in punto di validità del contratto, provocate dall'utilizzo, da parte del contraente, di pratiche commerciali scorrette: omissione, questa, non suscettibile di essere risolta mediante l'impiego – o, comunque, la valorizzazione – delle norme comunitarie, avendo la direttiva n. 2005/29/CE espressamente sancito di non pregiudicare l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla validità o sull'efficacia del contratto²⁹⁵, disposizione integralmente recepita, a livello nazionale, dall'art. 19, comma II, del Codice del Consumo.

premio o altra vincita equivalente e' subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore".

²⁹⁵ Art. 3, comma II, della direttiva 2005/29/CE.

Al tentativo di prospettare vizi d'invalidità del contratto con il consumatore, si frappone, anche in questo caso, la consueta dicotomia fra regole di validità e regole di comportamento, a causa della quale la generica violazione dei doveri di buona fede e del legittimo affidamento ingenerato nell'altro contraente, sebbene apprezzabile in termini di responsabilità aquiliana o, al limite, da inadempimento contrattuale, non riesce a determinare la caducazione del vincolo negoziale. Il superamento di tale principio è ostacolato, in particolar modo, dalla diffidenza degli interpreti ad affidare la validità del contratto a valutazioni marcatamente discrezionali, come si rivela, di regola, il giudizio sulla buona fede²⁹⁶.

Il *punctum dolens* viene così illustrato dalla giurisprudenza in termini:

“Il cardine intorno al quale ruota la sentenza da ultimo citata è costituito dalla riaffermazione della tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità.

Che tale distinzione, sovente ribadita anche dalla dottrina, sia fortemente radicata nei principi del codice civile è difficilmente contestabile. Per persuadersene è sufficiente considerare come dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede - immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale (ivi compresi quelli qui in

²⁹⁶ V. ROPPO. *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradam dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto e impresa*, 2005, 892.

esame) - il codice civile faccia discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perché il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite²⁹⁷.

In sostanza, è sì vero che il dovere di buona fede rappresenta una norma imperativa, ma la sua violazione, derivando da una valutazione comparata del contegno osservato dalle parti, non si presta ad essere diagnosticato attraverso la mera interpretazione della tavola contrattuale, sicché la sua rilevanza sembra doversi relegare all'ambito della responsabilità.

Nel caso in questione, pare potersi configurare un'eccezione al summenzionato principio nell'ipotesi in cui la pratica commerciale scorretta sia riuscita a compromettere il sinallagma negoziale, dirottando il contratto verso finalità immeritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico o, a maggior ragione, in contrasto con i fondamentali valori raffigurati dalla Carta Costituzionale²⁹⁸.

D'altronde, la disciplina sull'invalidità del contratto mostra una – seppur modesta – apertura verso la reale dinamica degli interessi sottesa al rapporto

²⁹⁷ Cassazione civile, S.U., 19.12.2007, n. 26724, in *Banca borsa titoli di credito*, 2010, 6, I, 686.

²⁹⁸ Ne parla, ancorché in termini critici: M. NUZZO. *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini – L. Rossi. Carleo, *Quaderni di giurisprudenza costituzionale*, pag. 237. Milano, 2007.

contrattuale nella misura in cui attribuisce rilievo giuridico ai motivi illeciti *ex art.* 1345 c.c. ed al contratto in frode alla legge *ex art.* 1344 c.c.: figure normative, queste, che, inevitabilmente, impongono un sindacato sul comportamento delle parti, benché non trasfuso nel regolamento contrattuale²⁹⁹.

Dal punto di vista pratico, un espediente, a disposizione dell'utente, per liberarsi da contratti viziati da pratiche commerciali scorrette è rappresentato dallo *ius poenitendi*, ancorché riconosciuto soltanto in specifici contesti negoziali, come, ad esempio, i contratti negoziati fuori dai locali commerciali³⁰⁰ ed i contratti conclusi a distanza³⁰¹.

Sembrerebbe più agevole, invece, associare il compimento di pratiche commerciali scorrette ai vizi della volontà, riconducibili, in particolar modo, all'errore essenziale ed al dolo, idonei, in quanto tali, a determinare l'annullamento del contratto, il quale, a differenza della nullità, potendo essere pronunciata soltanto su istanza della parte, sembra maggiormente adatto a soddisfare le esigenze dei consumatori che ne siano rimasti vittima.

Ciò anche in ragione dell'ormai consolidata tendenza ad individuare, nella disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette, non soltanto una forma di regolazione della libera concorrenza, ma anche uno strumento di effettiva e reale tutela dell'autonomia negoziale degli operatori di mercato, con particolare attenzione ai soggetti più facilmente esposti ai rischi derivanti da iniziative ingannevoli o basate su una informazione inveritiera.

Una conferma di questo assunto proviene dallo stesso art. 21, il quale conferma che deve considerarsi ingannevole la pratica commerciale capace di indurre il destinatario del messaggio "*ad assumere una decisione di natura*

²⁹⁹ Si adagia nel solco di questo indirizzo il celeberrimo arresto di legittimità che, smentendo l'insegnamento della giurisprudenza tradizionale, ha affermato che "*la causa del contratto consiste nella funzione economica individuale del negozio posto in essere, è la ragione concreta che persegue il singolo e specifico contratto, a prescindere dalla volontà dei contraenti, e non coincide con il tipo contrattuale astratto scelto dalle parti*" (Cassazione civile, sez. III, 08.05.2006, n. 10490, in *Giurisprudenza italiana*, 2007, 10, 2203).

³⁰⁰ Art. 26, lett. b).

³⁰¹ Art. 26, lett. c).

commerciale che non avrebbe altrimenti preso". Senza, contare, poi, che l'art. 2, comma II, lett. c-bis), introdotto dall'art. 2, comma I, del D.Lgs. 23.10.2007, n. 221, eleva l'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà.

A questo proposito, la Suprema Corte, seppure attraverso un mero *obiter dicta*, ha avuto occasione di precisare che, nell'interpretazione dell'art. 21, *“bisogna porre in evidenza come la disciplina comunitaria relativa ai consumatori, pur avendo all'origine lo scopo di proteggere il corretto funzionamento del mercato, si sia gradualmente orientata verso la protezione di specifici interessi del consumatore (in particolare la salute: si pensi alla direttiva comunitaria in materia di sicurezza dei prodotti e prodotti difettosi), fino ad individuarne i diritti e ad attribuire ad alcuni di essi natura fondamentale. Il messaggio ingannevole lede, appunto, il diritto del consumatore alla libera determinazione intorno alla scelta ed all'uso del prodotto, in altri termini ‘ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso’”*³⁰².

Se la connessione funzionale fra le norme in materia di pratiche commerciali scorrette ed i vizi della volontà pare facilmente sostenibile, ben più arduo è predicare un automatismo fra la violazione delle prime e l'integrazione dei secondi.

Al riguardo, si consideri, infatti, come l'art. 20, comma II, imponga di riferirsi, nella valutazione circa la potenzialità offensiva della pratica commerciale, alla situazione soggettiva e cognitiva del consumatore medio a cui la stessa è indirizzata, mentre l'applicazione della disciplina sull'annullabilità implica un sindacato sulla concreta situazione individuale in cui versa il soggetto a beneficio del quale il rimedio d'invalidità è predisposto.

Ad esempio:

³⁰² Cassazione civile, S.U., 15.01.2009, n. 794,

- ai sensi dell'art. 1431 c.c., la riconoscibilità dell'errore dipende, oltre che dal contenuto, anche dalla qualità dei contraenti, mentre il canone dell'uomo comune è valorizzato ai soli fini della diligenza che il *deceptus* avrebbe comunque dovuto impiegare;
- a mente dell'art. 1439 c.c., gli artifici ed i raggiri provocano l'annullamento per dolo del contratto soltanto qualora abbiano determinato l'altro contraente alla prestazione del proprio consenso;
- secondo l'art. 1435 c.c., il condizionamento esercitato dalla violenza deve essere apprezzato avuto riguardo all'età, al sesso e alla condizione delle persone.

Un tentativo di armonizzazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette con il regime privatistico dei vizi del consenso potrebbe effettuarsi allorché fosse possibile ipotizzare che, in materia di contratti con il consumatore, l'ordinamento permetta l'annullabilità a condizioni più agevoli di quanto avviene nel diritto comune³⁰³.

Più precisamente, sembra ragionevole sostenere che, in presenza di una delle fattispecie tipiche di pratiche commerciali ingannevoli (art. 23) o aggressive (art. 26), l'ordinamento presuma, in via assoluta, che la volontà del consumatore sia stata distorta, senza necessità di esperire i vagli imposti dalla disciplina ordinaria, condizionando, invece, alla valutazione delle peculiarità del caso concreto la possibilità di desumere l'annullabilità del contratto dal compimento, da parte dell'imprenditore, di pratiche commerciali reputate scorrette alla stregua della clausola generale di cui all'art. 20³⁰⁴.

Allorché una simile prospettiva di uniformazione fosse davvero praticabile, la struttura del giudizio di classe si rivelerebbe perfettamente calzante rispetto a domande di annullamento dei contratti in serie predisposti

³⁰³ E. GUERINONI. *L'Unione Europea e le pratiche commerciali sleali*, in PMI, 2006, 1, 29.

³⁰⁴ M. NUZZO. *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini – L. Rossi. Carleo, *Quaderni di giurisprudenza costituzionale*, pag. 240. Milano, 2007.

unilateralmente dall'imprenditore, funzionali a richieste restitutorie e/o risarcitorie.

Infatti, il processo collettivo potrebbe concludersi con l'annullamento del contratto e la condanna dell'imprenditore alla restituzione di quanto indebitamente ricevuto, indebito agevolmente quantificabile mediante criteri omogenei di calcolo, per poi demandare all'eventuale successivo giudizio individuale la determinazione del danno ulteriore ipoteticamente subito dai singoli aderenti.

Naturalmente, la trattazione congiunta e cumulata delle domande di annullamento potrà compiersi soltanto qualora il vizio genetico del contratto dipenda dal medesimo comportamento dell'imprenditore, dovendo, al contrario, ritenersi che la valutazione di azioni decettive perpetrate ai danni di un singolo consumatore trovino la propria sede naturale nel giudizio individuale.

Può immaginarsi, inoltre, che il rimedio collettivo sia esperibile pure avverso pratiche commerciali scorrette le quali, benché non abbiano lambito gli elementi essenziali del contratto (e, dunque, non si prestino a sorreggere le conseguenze caducatorie dell'invalidità), siano comunque la causa efficiente di indebiti arricchimenti in capo all'imprenditore.

Tuttavia, è noto come siano piuttosto remoti i casi in cui, nonostante la formazione di un titolo contrattuale, la parte possa invocare l'istituto della locupletazione: si tratterà, il più delle volte, delle ipotesi in cui prestazioni accessorie effettuate a titolo oneroso dall'imprenditore non sarebbero state accettate dall'utente in condizioni di perfetta trasparenza³⁰⁵.

Quanto, infine, agli ingiusti pregiudizi di carattere patrimoniali risarcibili a seguito dell'accertamento della pratica commerciale sleale, valga rilevare come gli stessi possano ricondursi ad un assortito ventaglio di tipologie, quali, ad esempio³⁰⁶:

³⁰⁵ A. DI MAJO. *Le tutele contrattuali*, pag. 247. Torino, 2009.

³⁰⁶ La classificazione è di: M. LIBERTINI. *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Rivista di diritto industriale*, 2011, 4-5, 147.

- il danno derivante dall'acquisto del prodotto in sé considerato (corrispondente all'esborso ovvero alla frazione di prezzo che il consumatore non sarebbe stato disposto a corrispondere in difetto del contegno decettivo);
- il danno da perdita di *chances* (correlata all'impossibilità di compiere investimenti alternative delle somme versate a titolo di prezzo);
- il danno da impiego improduttivo del tempo;
- il danno corrispondente ai costi di sostituzione o di riparazione del prodotto;
- i danni concretizzatisi nelle spese sopportate in dipendenza dell'acquisto.

Va prospettata l'ipotesi che i danni non siano uniformemente distribuiti fra tutti i consumatori, ma si diversifichino a seconda dei soggetti coinvolti, pur presentando una base piuttosto ampia di omogeneità sufficiente al superamento del vaglio preliminare di ammissibilità. In questo caso, sembra auspicabile che il Collegio, interpretando in maniera elastica la lettera dell'art. 140-*bis*, costituisca una pluralità di sottoclassi, ciascuna delle quali composta da consumatori che hanno accusato il medesimo pregiudizio³⁰⁷. Pure per questa tipologia di pregiudizi, si ribadisce come l'opportunità di trattare cumulativamente una pluralità di cause connesse possa giustificare un'applicazione attenuata del regime sull'onere della prova, impiegando i criteri omogenei di calcolo anche per la liquidazione di pregiudizi non compiutamente dimostrati.

³⁰⁷ P. PORRECA. *Ambito soggettivo e oggettivo dell'azione di classe*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 543.

CONCLUSIONI

Esaminata la disciplina prevista dall'art. 140-*bis* del Codice del consumo ed analizzate le incertezze e le difficoltà interpretative che hanno accompagnato la prima riflessione dottrinale sull'argomento (piuttosto abbondante, specie se si considera la scarsità di precedenti giurisprudenziali in termini), si reputa opportuno evidenziare le ragioni per le quali l'azione di classe non ha ancora riscosso un successo capace di gratificare le aspettative ingenerate dalla sua introduzione.

Una prima criticità del modello di *class action*, così come delineata dal legislatore, emerge dall'esclusione, tra le posizioni giuridiche soggettive tutelate, dei diritti correlati alla responsabilità precontrattuale, che parrebbe l'ambito maggiormente permeabile alla produzione di illeciti seriali, come testimoniato, ad esempio, dai danni procurati dalle Banche per le informazioni reticenti o ingannevoli propalate (anche solo colposamente) dai promotori finanziari alla categoria dei risparmiatori.

Si è già sottolineato, al riguardo, come ricostruzioni ermeneutiche piuttosto impervie permettano di ascrivere l'illecito in questione alla prima delle tipologie di diritti soggettivi indicati dall'art. 140-*bis*, benché siffatti pionieristici tentativi, anche siccome privi di un solido fondamento normativo, ove esperiti, finiranno verosimilmente per attribuire alle imprese convenute dei micidiali pretesti per paralizzare, quantomeno sotto il profilo della manifesta infondatezza, le azioni di classe proposte nei loro confronti.

A ciò si aggiunga, sempre con riguardo ai presupposti d'ammissibilità del rimedio collettivo, come l'assenza di un'esplicita definizione normativa circa il concetto di omogeneità renda aleatoria qualunque azione di classe (inducendo il consumatore che abbia realmente sofferto un pregiudizio non bagatellare ad esperire l'azione individuale), se non altro perché tutti i diritti, proprio perché soggettivi, sono necessariamente diversi gli uni dagli altri.

Pertanto, il Collegio è chiamato a stabilire, anche in questo caso senza significativi supporti normativi, su quale aspetto dei diritti debba incidere il requisito dell'omogeneità e, soprattutto, sino a che punto una simile pretesa possa spingersi, onde per cui, trattandosi di valutazione sostanzialmente discrezionale, non si riscontreranno praticamente mai, salvo casi di scuola, azioni di classe assistite da una probabilità di successo assoluta o comunque estremamente elevata.

Sarebbe quindi opportuno, *de iure condendo*, che il legislatore si adoperasse per individuare con la massima precisione possibile il significato della nozione di omogeneità, magari mediante una clausola residuale che consideri tali tutti i diritti che non presentino una delle diversità tassativamente indicate dalla legge.

Altro ostacolo piuttosto significativo si rinviene nella mancata predisposizione di particolari meccanismi, magari derogatori rispetto ai principi generali, per la liquidazione del danno, ulteriori, s'intende, ai criteri omogenei di liquidazione che, comunque, avrebbero potuto impiegarsi anche sulla base delle norme ordinarie e, in particolare, dell'art. 1226 c.c..

Non appare irricevibile, infatti, la proposta di introdurre, con specifico riferimento agli illeciti seriali, la figura del danno punitivo che, in ragione della sua natura inevitabilmente equitativa, potrebbe integralmente elidere ogni difficoltà legata alla quantificazione dei pregiudizi, resa estremamente ardua, da un lato, dell'eccessiva onerosità di dimostrare documentalmente danni economici di modico valore, dall'altro, dalla inesorabile specificità ed individualità del danno non patrimoniale.

D'altro canto, non si potrebbe ipotizzare, in presenza di una simile impostazione normativa, un vizio di legittimità costituzionale per violazione del diritto di difesa ed alla prova, atteso che nulla vieta al consumatore di esperire l'azione individuale ove non si ritenga tutelato da un rimedio che, stante il suo carattere collettivo, esige giocoforza l'applicazione di strumenti equitativi.

Nemmeno pare configurarsi un'indebita disparità di trattamento, rilevante ai sensi dell'art. 3 Cost., visto che è ormai consolidata la convinzione secondo cui esigenze di ordine pubblico possono derogare al principio dell'integralità della riparazione del danno.

Come confermato, peraltro, dalle penalità pecuniarie e/o di mora previste, a tacer d'altro, dagli artt. 614-*bis* e 709-*ter* c.p.c., dalle norme in tema di tutela del lavoro e della piena occupazione (artt. 18, comma II, e 28, comma IV, della legge 20.05.1970, n. 300; art. 15, comma IV, legge 09.12.1977, n. 903), nonché dalle specifiche discipline in materia di tutela del consumatore (art. 140 Cod. Cons.), del diritto d'autore (art. 156, legge 22.04.1941, n. 633) e della proprietà industriale ed intellettuale (art. 131, comma II, D.Lgs. 10.02.2005, n. 30).

Suscita forti perplessità, poi, la robustezza dei rimedi accordati per garantire la massima ponderazione della decisione definitiva e per evitare il collasso economico dell'impresa, considerato che simili accorgimenti, benché condivisibili negli intenti perseguiti, si pongono in collisione con le esigenze di speditezza che, prima di ogni altra cosa, hanno ispirato l'introduzione dell'azione di classe.

Si fa riferimento, in particolar modo, all'investitura dell'organo collegiale alla trattazione della causa, all'ampliamento dei presupposti per la concessione dell'inibitoria contro la provvisoria esecutività della sentenza di primo grado, al termine di grazia di centottanta giorni per il pagamento della somma riconosciuta come dovuta, all'esclusione degli accessori e degli incrementi per il ritardo maturato in tale periodo, oltre che alla possibilità pel Giudice d'appello di impedire, mediante la costituzione di un deposito a garanzia, la distribuzione delle somme sino alla sopravvenienza del giudicato.

Un saggio contemperamento degli opposti interessi, invece, si sarebbe potuto attuare attraverso l'esplicita assegnazione, al Giudice di primo grado, del potere di disporre, anche d'ufficio (stante la necessità di proteggere la posizione degli aderenti), una congrua provvisoria, determinata anche con riguardo alle

condizioni patrimoniali dell'impresa, demandando alla formazione del giudicato la concessione d'integrale esecutività al provvedimento impugnato.

Da ultimo, sorprende che, tra i requisiti d'ammissibilità dell'azione, non sia stata prevista la numerosità della classe dei consumatori tutelati, situazione, questa, che il Collegio ben difficilmente potrebbe accertare mediante un'interpretazione estensiva degli altri presupposti, visto che, nell'attuale configurazione dell'art. 140-*bis*, il termine iniziale per l'adesione decorre a seguito della pronuncia preliminare d'ammissibilità. Tale omissione, infatti, potrebbe generare il rischio di azioni che, benché produttive d'adesione, siano volte a tutelare diritti circoscritti a pochi soggetti e, quindi, non estesi in misura tale da giustificare l'introduzione di un giudizio così articolato e macchinoso come quello di classe.

Non è ardito pronosticare, tuttavia, che l'art. 140-*bis* sarà oggetto, in un futuro estremamente prossimo, di radicali e molteplici interventi correttivi da parte del legislatore, volti a favorire la credibilità di tale strumento presso la platea dei consumatori e ad incentivarne l'impiego.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

AFFERNI GIORGIO. *Recenti sviluppi nell'azione di classe*, in *Contratto e impresa*, 2013, 6, 1275.

ALPA GUIDO. *Class action: note sull'art. 140 bis del codice del consumo*, in www.altalex.com.

ALPA GUIDO. *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, 2, 379.

AMADEI DAVIDE. *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, 4, 940.

AMBROSIANI FABIO. *Class action italiana per la tutela dei consumatori*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2010, 2, 275.

BIAVATI PAOLO. *Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione Europea*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, 1373.

BOCCAGNA SALVATORE. *Una condivisibile pronuncia della Corte di Cassazione sulla non ricorribilità ex art. 111 Cost. dell'ordinanza che dichiara inammissibile l'azione di classe*, in *Rivista di diritto processuale*, 2013, 1, 191.

BOVE MAURO. *Profili processuali dell'azione di classe*, in www.judicium.it.

BRUZZONE GINEVRA. *Il ruolo dell'azione di classe nel sistema: alcune riflessioni*, in *XXV Convegno di studio Adolfo Beria di Argentine sui problemi attuali di diritto e procedura civile del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale*. Courmayeur, 1-2 ottobre 2010.

BUFFON GIUSEPPE. *Class action italiana: azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori*, in www.altalex.com.

BUSNELLI FRANCESCO DONATO. *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 4, 909.

CAPONI REMO. *Il nuovo volto della class action*, in *Foro italiano*, 2009, V, 383.

CAPONI REMO. *La riforma della class action. Il nuovo testo dell'art. 140-bis del codice del consumo nell'emendamento governativo*, in www.judicium.it.

- CAPONI REMO. *Litisconsorzio "aggregato". L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, 3, 819.
- CAPONI REMO. *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro italiano*, 2008, V, 281.
- CAPONI REMO. *Una lettura di interrogativi in attesa della giurisprudenza*, in *Foro italiano*, 2008, V, 180.
- CAVALLINI CESARE. *Azione collettiva risarcitoria e controversie finanziarie*, in *Rivista delle società*, 2010, 5, 1115.
- CASTRONOVO CARLO. *Antitrust e abuso della responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2002, 473.
- CASTRONOVO CARLO. *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, cd. perdita di chance, danni punitivi, danno cd. esistenziale*, *Europa e diritto privato*, 2008, 2, 315.
- CERRATO STEFANO. *Un debutto stonato per la nuova class action italiana*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2010, 5, 619.
- CHIARLONI SERGIO. *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, 891.
- CONSOLO CLAUDIO. *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corriere Giuridico*, 2009, 10, 1297.
- CONSOLO CLAUDIO. *Tutela giurisdizionale dei crediti per 'adesione' ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 9, 1701.
- CONSOLO CLAUDIO. *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dell'opt in anziché quella danese dell'opt out e il filtro*, in *Corriere Giuridico*, 2008, 1.
- CONSOLO CLAUDIO, BONA PAOLO, BUZZELLI PAOLO. *Obiettivo, class action: l'azione collettiva risarcitoria*. Milano, 2008.

CONTE GIUSEPPE. *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in www.judicium.com.

CONTE GIUSEPPE. *I diritti individuali omogenei nella disciplina dell'azione di classe*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, 5, 609.

COSTANTINO GIORGIO. *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140-bis del Codice del Consumo*, in *Foro Italiano*, 2008, 20.

DE CRISTOFARO MARCO. *L'azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 10, 1932.

DE PAULI ARRIGO. *L'irriconeoscibilità in Italia per contrasto con l'ordine pubblico di sentenza statunitensi di condanna al pagamento dei danni punitivi*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, 10, 2100.

DE SANTIS FEDERICA. *La pronuncia sull'ammissibilità della "class action": una certification all'italiana*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2008, 1, 143.

DE STEFANO FRANCO. *L'azione di classe*, in *Giurisprudenza di merito*, 2010, 6, 1498.

FIORIO PAOLO. *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in www.ilcaso.it, documento n. 172/2009.

FIORIO PAOLO. *Solo il consumatore ricco può curare adeguatamente gli interessi della classe? La legittimazione ad agire alla luce delle prime esperienze applicative dell'art. 140-bis*, in *Giurisprudenza di merito*, 2012, 2, 377.

FIORIO PAOLO. *L'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in *Giurisprudenza di merito*, 2009, 5, 1445.

GIUSSANI ANDREA. *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2009, 339.

GIUSSANI ANDREA. *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, 2011, 3, 371.

- GIUSSANI ANDREA. *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis codice del consumo*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, 2008, 5, 1227.
- GIUSSANI ANDREA. *Mass torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo dell'efficienza economica*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2002, 2, 315.
- GIUSSANI ANDREA. *Problemi applicativi nell'ammissione dell'azione di classe*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 11, 2330.
- GIUSSANI ANDREA. *Rito e merito nell'azione di classe*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 10, 2125.
- GORGONI MARILENA. *L'ammissibilità dell'azione di classe tra punti fermi ed ambiguità*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 5, 1099.
- GUERNELLI MICHELE. *La nuova azione di classe: profili processuali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2010, 3, 917.
- LIBERTINI MARIO. *Ancora sui rimedi civilistici conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno e responsabilità*, 2005, 237.
- LIBERTINI MARIO. *L'applicazione delle norme antitrust europee da parte dei giudici nazionali*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo – S. Mazzamuto, III, pag. 375. Milano, 2007.
- LIBERTINI MARIO. *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette?*, in *Rivista di diritto industriale*, 2011, 4-5, 147.
- LUPOI MICHELE ANGELO. *Fumata nera per la prima class action all'italiana*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, 2, 332.
- MENCHINI SERGIO. *Azioni seriali e tutela giurisdizionale: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in www.judicium.it.
- MENCHINI SERGIO. *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140 bis del codice del consumo*, in www.judicium.it.
- PAGNI ILARIA. *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 367.

- POLI ROBERTO. *Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, 1, 38.
- PORCARI FRANCESCO. *Aporie ricostruttive e qualche punto fermo nella certification dell'azione di classe*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, 5, 1628.
- PORRECA PAOLO. *Ambito soggettivo e oggettivo dell'azione di classe*, in *Europa e diritto privato*, 2010, 2, 541.
- RENZI LORIANA. *Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 5, 1213.
- RESCIGNO PIETRO. *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, 2224.
- RESCIGNO PIETRO. *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, I, 407.
- RICCIO ANGELO. *La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*, in *Contratto e impresa*, 2010, 11.
- RUFFINI GIUSEPPE. *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140-bis del Codice del Consumo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, 707.
- SCHEPISI CRISTINA. *Azione risarcitoria di classe e controversie transnazionali: competenza giurisdizionale e legge applicabile*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, 4, 1053.
- SCOGNAMIGLIO CLAUDIO. *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2011, 3, 501.
- SPADAFORA ANTONELLO. *I diritti identici dei consumatori e degli utenti: un tentativo di destrutturazione di categorie dogmatiche*, in *Giustizia civile*, 2011, 11, 529.
- SPADAFORA ANTONELLO. *Spunti sull'immediata morfogenesi dell'azione collettiva risarcitoria*, in *Giustizia civile*, 2008, 7-8, 353.

TARUFFO MICHELE. *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienza a confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, 529.

VIGORITI VINCENZO. *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contratto e impresa*, 2008, 729.

WINKLER MATTEO. *L'azione di classe italiana: problemi teorici e applicativi di una normativa difficile*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2010, 7-8.