

**LA VIA ITALIANA ALLA *CLASS ACTION*
PER DANNI EXTRACONTRATTUALI
ED I PRINCIPALI MODELLI
DI TUTELA COLLETTIVA RISARCITORIA**

*Claudia Di Marzo**

SOMMARIO: 1. Il fenomeno dei danni di massa ed i limiti della tutela risarcitoria individuale. L'art. 140-bis cod. cons. – 2. I congegni deputati alla gestione dell'*aggregate litigation* nell'esperienza nordamericana – 3. Il modello dei *bellwether trials* – 4. La via tedesca all'*aggregate litigation* – 5. Riflessioni sul modello italiano – 5.1. Segue – 6. Alcune considerazioni conclusive

1. Lo stadio avanzato di sviluppo del modello economico di mercato ha, e da tempo, visto affermarsi rapporti di produzione e scambio cosiddetti “di massa”, ai quali è connaturata la genesi di esternalità negative, ossia il prodursi di effetti negativi esterni (costi) apprezzabili per l'intera collettività o comunque per ampie platee di soggetti, direttamente o indirettamente da essi incisi¹.

Ebbene, parallelamente ad interventi pubblici di natura correttivo-preventiva, è la responsabilità civile il “meccanismo” che, tra gli altri, meglio è in grado di “internalizzare” tali costi, ossia di riportarli in definitiva a carico della stessa impresa che – con la propria attività produttiva – li abbia generati. Va da sé, nondimeno, che chiamata a giocare un ruolo siffatto, di certo inedito nella misura in cui collocato entro una dimensione “di massa”, la *machinery* risarcitoria di diritto civile (comune) reclama taluni correttivi/adattamenti, indispensabili affinché essa possa realmente mediare conflitti “allargati”; correttivi fra i quali spicca senza dubbio quello processuale.

Basterebbe, del resto, considerare che caratteristica precipua dei cosiddetti “danni di massa” è la frammentazione del pregiudizio globale in una pluralità di lesioni individuali – a fronte, tuttavia, della identità del fatto/comportamento generatore di responsabilità – per ricavare l'incapacità strutturale del tradizionale rimedio dell'azione individuale risarcitoria ad

* Dottoressa di ricerca in Diritto Privato Generale.

¹ Ampia è la letteratura economica in argomento: senza pretesa di completezza, si rinvia a R. Coase, *The problem of social costs*, in *Journal of Law and Econ.*, 3, 1960, 1 s.; F. Caffè, *Calcolo individuale e calcolo sociale*, in Id., *Lezioni di Politica economica*, a cura di N. Acocella, 2008, 40 s., ed ivi più ampi riferimenti bibliografici.

amministrare simultaneamente tutte le situazioni di danno, che in relazione a quel determinato fatto/comportamento assumono specifico risalto.

Inoltre, non può trascurarsi di aggiungere che l'instaurazione di una pluralità di procedimenti individuali – in ragione dell'ampia platea di soggetti danneggiati – determina sia l'inevitabile congestionamento delle aule giudiziarie, sia soprattutto il rischio di giudicati contrastanti ancorché riferibili a situazioni di danno omogenee, ossia a situazioni generate dal medesimo fatto/comportamento, o da comportamenti simili, ed il cui accertamento in giudizio dipende dalla soluzione di questioni di fatto o di diritto comuni².

Non v'è da dubitare, poi, che per i danneggiati manchi perfino un reale incentivo all'esercizio dell'azione risarcitoria, ogni qual volta la consistenza del danno individuale sia inferiore rispetto ai costi processuali per la sua reintegrazione; così da derivarne, a cagione dell'inerzia dei soggetti attivamente legittimati, non solo un mancato conseguimento degli obiettivi riparatori³ ma altresì di quelli, per così dire, preventivi⁴, questi ultimi tanto più rilevanti quanto più difettino, *aliunde* previsti e regolati, meccanismi di *enforcement* alternativi (o complementari) alla tutela giurisdizionale civile.

La presa d'atto di un simile stato di cose sollecita evidentemente l'interprete alla ricerca di spiragli sistematici e, soprattutto, di congegni processuali attraverso cui potere appieno conseguire l'obiettivo di un impiego, effettivo quanto efficiente, della responsabilità civile in chiave di riparazione (e prevenzione) dei danni di massa.

Una sia pur sommaria ricognizione dei meccanismi impiegati per promuovere l'aggregazione processuale di più pretese risarcitorie trova, oggi, senza dubbio, un referente obbligato nell'articolo 140-*bis* del codice del consumo⁵: norma che ha introdotto nel nostro ordinamento la cosiddetta

² In tal senso, R. Caponi, *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*, in AA. VV., *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, Napoli, 2009, 154.

³ Il dato è di sicuro rilievo allorché si rammenti che nella funzione compensativa dell'obbligazione risarcitoria vada colta la configurazione «tipologica» del rimedio aquiliano. In tal senso, A. Di Majo, *Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005, 245.

⁴ Implicito è qui il rilievo secondo cui il rimedio aquiliano sarebbe in grado di assolvere, in aggiunta a quella primaria di tipo riparatorio, anche una funzione ulteriore di tipo deterrente. In tal senso, A. Di Majo, *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi: la funzione deterrente*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 289 s.

⁵ La disposizione di cui al testo, introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento con l'art. 2, comma 446, della L. 24 dicembre 2007, n. 244, sarebbe dovuta entrare in vigore già a partire dal 30 giugno 2008. Tuttavia, tale termine, previsto dall'art. 2, comma 447 della stessa legge, è stato ripetutamente posticipato: dapprima, con l'art. 19, comma 1 del d.l. 30 giugno 2008, n. 207, al 1° gennaio 2009; poi, con l'art. 23, comma 16 del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, al

“azione di classe” a difesa “dei diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti”.

Invero, a dispetto dell'apparente pertinenza allo scopo (*i.e.* tutela aggregata di situazioni isomorfe), svariati elementi fanno del congegno appena richiamato uno strumento processuale in realtà scarsamente versatile ai fini che ci occupano.

A tal proposito, basti richiamare la limitazione alle sole “classi” dei consumatori e utenti della legittimazione attiva, nonché la stessa estrema selettività delle situazioni giuridiche tutelabili, meglio specificate al c. 2 del medesimo art. 140-*bis* come:

- a) diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in una situazione identica;
- b) diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore;
- c) diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

Ed in effetti, in merito alla fruibilità dell'azione di classe, la soluzione restrittiva accolta dal legislatore italiano comporta l'inapplicabilità del congegno per la gestione processuale aggregata delle controversie risarcitorie che riguardino danneggiati diversi dai consumatori o utenti⁶. Il dato, invero, è assai rilevante, poiché, come bene sottolineato in dottrina⁷, non tutti gli eventi dannosi che colpiscono una pluralità di persone riguardano quei particolari danneggiati, né necessariamente rintracciano la propria origine nell'attività di un imprenditore/professionista.

A mero titolo esemplificativo, basterebbe in proposito ricordare gli episodi dannosi di massa cagionati dallo svolgimento di attività industriali, a

decorso di 24 mesi dall'entrata in vigore della legge finanziaria che lo aveva introdotto. Da ultimo, con L. 23 luglio 2009, n. 99, recante “Disposizioni per lo sviluppo e l'internalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia”, il testo dell'art. 140-*bis* è stato modificato, e la sua entrata in vigore fissata, ed infine effettivamente realizzatasi, a far data dal 1° gennaio 2010.

⁶ La scelta operata dal nostro legislatore a favore di un modello di tutela collettiva risarcitoria ad applicazione settoriale si conforma in larga misura all'approccio praticato allo stesso riguardo dai principali ordinamenti europei. Ad optare per il cd. “modello consumeristico” sono state anche la Francia e la Spagna. Con riguardo all'esperienza francese dell'*action en représentation conjointe*, si vedano G. Viney – P. Jourdain, *Traité de Droit Civil, Les Conditions de la Responsabilité*, Parigi, 2006, 95 s.; S. Guinchard, *Une class action à la française?*, in *Rec. Dalloz*, 2005, 2180 s. In Germania, invece, l'ambito operativo del rimedio risarcitorio collettivo è attualmente limitato alle sole controversie degli investitori nel mercato finanziario. In proposito vedi *infra* par. 4.

⁷ Cfr., per tutti, M. Taruffo, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Le azioni collettive in Italia*, a cura di C. Belli, Milano, 2007, 14.

partire dal disastro del *Vajont*⁸ e dal noto caso dell'ICMESA di Seveso⁹. E ancora, potrebbe dirsi delle ipotesi di responsabilità della pubblica amministrazione per danni procurati dalla somministrazione di emoderivati infetti¹⁰.

Ebbene, in tutte le fattispecie qui accennate deve chiaramente escludersi l'appartenenza dei soggetti danneggiati alla categoria dei consumatori/utenti e di conseguenza, stante il difetto di legittimazione all'esercizio dell'azione di classe, l'operatività stessa della disciplina in commento. Ciò, tuttavia, a dispetto di altri elementi di rilievo (*i.e.* l'unicità del fatto illecito dannoso e la presenza di elementi di forte omogeneità nelle lesioni riportate dai danneggiati), che invece solleciterebbero proprio l'accertamento unificato dell'ampio numero di pretese risarcitorie scaturenti.

Ancora in punto di compatibilità con l'ambito di applicazione soggettivo dell'azione di classe, mette conto di soffermarsi brevemente sulla questione dell'accesso al rimedio a favore di investitori e risparmiatori che siano stati danneggiati, ad esempio, dalla diffusione da parte di intermediari abilitati di informazioni false o fuorvianti sulla sicurezza di certi prodotti finanziari.

Per quanto tale categoria di soggetti non sia stata espressamente menzionata all'interno dell'art. 140-*bis* cod. cons. e debba, quindi, ritenersi esclusa – almeno in linea teorica – dall'ambito di operatività del rimedio in esame, giova tuttavia segnalare come si sia di recente provveduto ad estendere agli investitori l'accesso alla tutela collettiva di tipo inibitorio.

Con d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164¹¹, il legislatore italiano, nel disporre l'inserimento del nuovo Capo IV-*bis* nel Titolo II della Parte II del TUF, ha infatti espressamente ammesso che le associazioni rappresentative dei consumatori attivino le misure di cui agli artt. 140 e 141 cod. cons. anche al fine di tutelare gli interessi collettivi degli investitori, connessi alla prestazione di servizi ed attività di investimento, di servizi accessori e di

⁸ Fra le ricostruzioni della vicenda, si veda N.W. Palmieri, *Vajont, Stava, Agent Orange. Il costo di scelte irresponsabili*, (Padova 1997), passim.

⁹ Sull'incidente occorso all'impianto produttivo dell'ICMESA s.p.a., senza pretesa di completezza, si rinvia a E. Poddighe, *I "Mass Torts" nel sistema della responsabilità civile*, Milano, 2008, 86 s.

¹⁰ Per una retrospettiva sull'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in materia, si veda F. Greco, *La responsabilità del Ministero della Salute per emotrasfusioni infette*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 1325 s.

¹¹ Il provvedimento ha recepito la Direttiva comunitaria 2004/39/CE sui Mercati di Strumenti Finanziari (cd. *MiFID*), la quale prevede una nuova disciplina in merito al ruolo ed alle attività esercitabili dai promotori finanziari. A questo riguardo, si veda AA.VV., *Strumenti finanziari e regole MiFID. Compliance, Autorità di vigilanza e conflitti d'interesse*, a cura di F. Del Bene, Milano, 2009, passim.

gestione collettiva del risparmio da parte degli intermediari finanziari (art. 32-*bis* TUF).

Resta in ogni caso aperta la questione della tutela degli investitori/risparmiatori sul fronte propriamente compensativo, ed anzi per certi versi giusto l'estensione ad essi della tecnica inibitoria collettiva rende, se possibile, più marcata l'incongruenza del più corto passo accusato dalla *machinery* di cui all'art. 140-*bis* cod. cons.

Proseguendo con la disamina critica dei presupposti formali e sostanziali di applicazione dell'azione collettiva risarcitoria non può poi non rilevarsi come, al netto delle ipotesi di danno derivanti dalla commercializzazione di prodotti (art. 140-*bis*, comma 2, lett. b), paia evidente l'estraneità al paradigma aquiliano delle ipotesi di cui alla lett. a), ove si fa infatti parola di *diritti* contrattuali; nonché per quelle stesse di cui alla lett. c).

Per quanto, a questo ultimo riguardo, il riferimento a pratiche scorrette e comportamenti anticoncorrenziali non renda in astratto peregrino il rimando alla responsabilità civile, gli è che si è pur sempre costretti a far capo al solo paradigma della responsabilità contrattuale. Ed infatti, menzionando consumatori ed utenti quali unici possibili attori, la norma sull'azione collettiva evoca, a ben vedere, non già le situazioni di danno (aquiliano) che normalmente si associano alla tenuta di quelle condotte e che riportano tipicamente alla posizione dei concorrenti dell'impresa "violatrice", bensì quelle più qualificate in cui il danno (da condotta sleale o pratica anticoncorrenziale) si determina e più esattamente prende forma per via ed in dipendenza della rete di contratti che attuano il programma cartellistico, ovvero nei quali si inverte la pratica sleale.

Quanto dire dell'altra faccia della pratica vietata (sleale o cartellistica che sia) rispetto alla sua dimensione propriamente perturbativa della concorrenza tra imprese, e piuttosto del suo rilevare qui in funzione della via contrattuale entro la quale canalizza il propagarsi dell'alterazione di mercato fino all'ultimo anello della catena di distribuzione/scambio, per l'appunto consumatori ed utenti finali. Di talché segue però, quale corollario, che non altro che al contratto si possa qui riferirsi, o meglio al modello di responsabilità cui esso dà vita¹².

Va poi aggiunto come, pur prescindendo dalla tranciante delimitazione dell'azione di classe sia sul versante soggettivo che su quello oggettivo, è l'articolazione interna del rimedio a sollevare numerosi problemi di fondo, non ultimi taluni sospetti di illegittimità costituzionale.

Seppure vi si tornerà fra breve, basti intanto dire della mancata

¹² Cfr., al riguardo, le osservazioni di E. Camilleri, *Contratti a valle rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, passim.

coincidenza fra legittimazione all'azione e titolarità sostanziale della situazione giuridica da tutelare, ovvero della difficoltà di inquadramento giuridico processuale della figura dell'adesione. Si tratta, nell'uno come nell'altro caso, di meccanismi che, pur realizzando un'esigenza di *utility* processuale, presentano significative difformità rispetto ai parametri costituzionali che riconoscono la natura individuale del potere di azione, i limiti soggettivi del giudicato e, correlativamente, della litispendenza.

Al che possono poi aggiungersi le criticità che si evidenziano in relazione allo svolgimento dell'attività istruttoria¹³ e alla disciplina della trattazione dell'azione di classe, laddove l'attribuzione al giudice di poteri direttivi¹⁴, pur conformando lo svolgimento del giudizio all'esigenza di razionalizzazione delle risorse e dei tempi processuali¹⁵, rischia di sacrificare la garanzia costituzionale del giusto processo regolato dalla legge, l'inviolabilità del diritto di difesa e il principio del contraddittorio.

Un'ultima notazione preliminare merita, infine, l'eventuale contenuto condannatorio della sentenza, o per meglio dire il fatto che il criterio di liquidazione delle somme dovute ai consumatori e utenti che abbiano aderito all'azione di classe risulta essere, a mente dell'art. 140-*bis* comma 12 cod. cons., quello di cui all'art. 1226 c.c.

Ciò vuol dire che qualora la determinazione del preciso ammontare del danno patito non sia oggettivamente possibile o appaia molto difficile, essa verrà effettuata dal giudice con ricorso al metodo equitativo.

Nella previsione della liquidazione equitativa del danno deve riconoscersi evidentemente l'attribuzione di implicito rilievo alla circostanza, tutt'altro che improbabile, che l'associazione rappresentativa non sia in grado di dimostrare il *quantum* del danno procurato a ciascuno dei componenti della classe. Così, una volta che sia stata accertata la fondatezza dell'azione, il rischio che il difetto di prova dell'entità delle lesioni individuali possa comportare il rigetto della pretesa azionata viene neutralizzato mediante l'impiego del criterio della liquidazione equitativa del danno.

Tuttavia, la quantificazione operata dal giudice è legata ad una

¹³ Ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma 11, cod. cons., il tribunale «regola nel modo che ritiene opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio». L'impiego nella disposizione di formule linguistiche che ricalcano quelle contenute nella disciplina dell'istruttoria cautelare, di cui all'art. 669-*sexies* c.p.c., o sommaria, di cui all'art. 702-*ter* c.p.c., lascia prefigurare la sagoma di un procedimento in cui l'istruzione probatoria non potrà evidentemente essere piena ed esauriente su ogni aspetto controverso.

¹⁴ R. Caponi, *Processo civile e nozione di controversia "complessa": impieghi normativi*, in *Foro it.*, Parte V, 2009, 137.

¹⁵ Così C. Consolo, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, art. 140-*bis* e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, 1303.

valutazione “per classi” delle situazioni giuridiche lese¹⁶. Circostanza che va qui rimarcata in considerazione del fatto che è proprio l’impiego di una prospettiva, per così dire, “di massa” nell’accertamento degli elementi della fattispecie – e in particolare, del nesso di causalità – a determinare, in fase di quantificazione delle somme definitive dovute ai componenti della classe, il rischio di una perequazione dell’asimmetria delle singole poste di danno.

La constatazione di questo dato induce a considerare criticamente le funzioni in grado di essere assolte dalla somma accordata al singolo consumatore o utente. Laddove, infatti, la determinazione del *quantum* del danno subito da ciascun consumatore richieda – come nella più parte dei casi avviene – un giudizio individualizzato, ecco che una valutazione equitativa del giudice, ancorata ad un calcolo di tipo per così dire “spannometrico”, comporterà che l’importo liquidato ai singoli danneggiati – in via risarcitoria o restitutoria – non sia in grado di assolvere una funzione pienamente compensativa¹⁷.

I dati qui sintetizzati consentono di affermare che il congegno dell’azione di classe, così come disciplinato nel nuovo art. 140-*bis* cod. cons., non soltanto sembra escludere dalla tutela collettiva aquiliana tutti i casi di *mass torts*¹⁸ in cui il danno ingiusto non sia riconducibile alla responsabilità del produttore, ma nella più parte delle ipotesi disciplinate si rivela altresì strumento inidoneo a garantire l’effettività della tutela giurisdizionale, mostrando in definitiva i limiti della gestione unificata del contenzioso di massa.

¹⁶ Come osserva Camilleri, *Contratti a valle*, cit., 303.

¹⁷ Al contrario, la previsione della liquidazione equitativa da parte del giudice è meritevole di essere sostenuta, poiché conforme alla garanzia costituzionale dell’effettività della tutela giurisdizionale, in tutte quelle ipotesi in cui l’accertamento degli elementi di fattispecie e la quantificazione del danno subito da ciascun consumatore non richiedono alcuna valutazione individualizzata, come accade in caso di unicità dell’evento causale e di identità del danno procurato (es. identico servizio erogato senza richiesta dal professionista ad una pluralità di utenti, che hanno pagato lo stesso corrispettivo). Così, Caponi, *Processo civile*, cit., 138.

¹⁸ L’economia di queste note non consente di soffermarsi sull’inquadramento delle ipotesi di illecito in questione – allo stato sostanzialmente sconosciute al nostro sistema di responsabilità civile (o, per meglio dire, gestite dalle corti solo previo snaturamento sotto forma di apprezzamento in chiave individuale) – sicché, senza pretesa di completezza, si rinvia a Poddighe, *I “Mass Torts” nel sistema della responsabilità civile*, cit., passim. Imprescindibile risulta, inoltre, il rinvio al dibattito che ha impegnato la letteratura e la giurisprudenza nordamericane, e nell’ambito del quale i *mass torts* hanno ricevuto compiuto inquadramento, in termini di fattispecie e di relativo regime. Per un primo sguardo in proposito, si vedano J.G. Fleming, *The Law of Torts*, Londra, 1983, passim; Id., *Mass Torts, General Report to the 14th Int’l Congress of Comparative Law*, in *American J. Comparative L.*, 1994, 507 s.

In sintesi, escludendo le ipotesi in cui l'accertamento in forma unificata dell'*an* e del *quantum* del danno subito da ciascun componente della classe risulta agevole, dato il carattere "*semplice*" della controversia, l'azione di classe rischia di fallire i suoi obiettivi proprio in presenza delle controversie più "*complesse*"¹⁹. Qui, infatti, i singoli crediti – risarcitori o restitutori – dei consumatori e utenti danneggiati richiedono un giudizio individualizzato, che tenga conto delle circostanze che hanno determinato il danno nel singolo caso. Necessità, questa, che mal si concilia con il ricorso all'azione di classe.

Se quanto detto è dunque sufficiente a far apparire insoddisfacente l'applicazione del congegno predisposto dal legislatore italiano, sembra opportuno rivolgere lo sguardo alle tecniche altrove apprestate per mettere capo a forme di tutela collettiva risarcitoria, specie per verificare se da queste possano trarsi indicazioni utili alla correzione più opportuna di talune criticità segnalate al riguardo della pasticciata via italiana all'azione di classe.

La circostanza che la più avanzata esperienza in tema di *aggregate litigation* si sia formata negli Stati Uniti suggerisce ovviamente di prendere le mosse proprio da una disamina delle tecniche di tutela collettiva ivi operanti a livello di legislazione federale.

2. Guardando all'esperienza americana, deve subito dirsi che, secondo le *Federal Rules of Civil Procedures*, la concentrazione del contenzioso dinanzi ad un unico giudice è ammessa ogni qual volta si verifichi la contestuale pendenza di una pluralità di azioni accomunate dall'identità delle questioni di fatto o di diritto da risolvere²⁰.

Tra i meccanismi processuali che consentono questo effetto ed,

¹⁹ Caponi, op. cit., 137.

²⁰ L'ordinamento statunitense conosce vari tipi di *claims of multiple parties*. In particolare, si segnalano il *joinder* [v. *Federal Rule of Civil Procedure* 19 (*mandatory joinder*), *Federal Rule of Civil Procedure* 20 (*permissive joinder*), *Federal Rule of Civil Procedure* 22 (*interpleader*), *Federal Rule of Civil Procedure* 24 (*intervention*)] e la *consolidation* [v. *Federal Rule of Civil Procedure* 42 (a)]. Tuttavia, in questi procedimenti le parti sono tutte personalmente presenti di fronte al giudice. Circostanza, questa, che consente di tracciare una distinzione netta tra i meccanismi processuali appena menzionati e la *class action* [v. *Federal Rule of Civil Procedure* 23], dove il *named representative* – cioè, l'organo di rappresentanza giudiziale – esperisce il rimedio per conto della classe senza aver ricevuto alcun mandato ad agire da parte degli altri soggetti coinvolti, e la pronuncia – sia essa favorevole o contraria – è vincolante per tutti i membri della classe, tanto nel caso che abbiano attivamente preso parte al giudizio, quanto in quello che vi siano rimasti estranei. Il testo integrale delle *Federal Rules of Civil Procedure* (2007) è reperibile *on line* all'indirizzo <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp>.

ulteriormente, la gestione unificata del cosiddetto contenzioso seriale²¹ merita particolare attenzione il modello della *damages class action*²², istituto del diritto che permette ad un singolo soggetto (*class representative*) di promuovere un giudizio collettivo risarcitorio come esponente *tipico* di una più ampia categoria di individui, tutti titolari di identiche situazioni soggettive lese dal medesimo fatto generatore di responsabilità.

Gli altri soggetti appartenenti alla classe non hanno tuttavia facoltà di svolgere alcuna attività all'interno del processo e, salvo esercitare il diritto di recesso (*opt-out right*) – possibilità che comunque è ammessa (solo) fino al momento della certificazione della classe stessa – vengono automaticamente vincolati dalla pronuncia resa sull'azione.

Disciplinato dalla *Federal Rule of Civil Procedure 23*, il modello della *class action* nordamericana, sotto il profilo procedimentale, si articola in cinque fasi: (1) individuazione del giudice competente (*Jurisdiction*); (2) svolgimento delle attività necessarie per l'ottenimento del provvedimento di certificazione della classe, nomina del *named representative* e del *counsel* (*Pre-certification*); (3) definizione della domanda, determinazione della classe ed organizzazione dell'intero procedimento da parte del giudice competente, svolgimento a cura delle parti delle operazioni di notifica della pendenza della lite a tutti i membri della classe (*Certification e Notice*); (4) assunzione delle prove che le parti intendano produrre nel corso del successivo dibattimento (*Discovery*); (5) trattazione della causa ed infine pronuncia della decisione finale (*Trial e Judgment*).

Pur dovendosi, in questa sede necessariamente prescindere dalla descrizione dettagliata della complessa articolazione della procedura in commento²³, è però opportuno provare ad istituire un qualche parallelo tra il modello statunitense della *class action* – che, giova ribadirlo, risulta perfettamente fungibile ai fini di un impiego relativo ai *mass torts* – ed i

²¹ Per una precisazione concettuale dell'espressione «contenzioso seriale», si veda S. Menchini, *Azioni seriali e tutela giurisdizionale: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, il documento è accessibile sul sito <http://www.judicium.it>.

²² Sull'istituto, si vedano A. Conte – H. B. Newberg, *Newberg on Class Actions*, St. Paul, 2002; T. A. Dickerson, *Class Actions: the Law of 50 States*, New York, 2003; R. Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: a Comparative Perspective*, Oxford, 2004. Per gli approfondimenti da parte della dottrina italiana, si rinvia ad A. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 127 s.; Id., *Azione collettiva*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, 2007, 132 s.; Id., *Le «mass tort class actions» negli Stati Uniti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 331 s.

²³ Al riguardo, oltre alle fonti già indicate, si rinvia a C. Consolo, M. Bona, P. Buzzelli, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, 5 s.

capisaldi strutturali del nostro apparato di tutela dei diritti: non tarderanno infatti a palesarsi, assai più nitidamente che non ad una esposizione astrattamente teorica, i non pochi ostacoli che si frappongono alla introduzione di congegni realmente paragonabili (per struttura e funzione) a quello statunitense²⁴.

Il primo profilo di comparazione – e, simmetricamente ad esso, di criticità – si rivela sul fronte della strutturazione della tecnica giurisdizionale, laddove precisamente il nostro sistema esibisce una pregnante impronta individualistica. Valga, a tale scopo, rifarsi all'art. 24 Cost. e all'art. 2909 c.c., sui limiti (soggettivi) del giudicato, ovvero ancora all'art. 101 c.p.c., che consacra il principio di obbligatorietà del contraddittorio.

Già queste poche, sebbene nette, indicazioni normative, marcano ostacoli di non facile aggiramento rispetto alla importabilità del congegno di *class action* nordamericana nel nostro ordinamento²⁵, tanto più che, in quella disciplina, la partecipazione al procedimento dei soggetti coinvolti in quanto membri della classe avviene in base alla scelta unilaterale del *class representative*, ed è comunque limitata al solo diritto di essere informati circa l'andamento dell'azione; ed ancora tenuto conto che, pur in assenza di un coinvolgimento effettivo dei componenti della classe nel corso della procedura, l'efficacia del giudicato vada comunque loro estesa.

Resta inoltre, a prima vista, irrisolto l'interrogativo di fondo circa la compatibilità tra trattazione aggregata ed effettività di tutela per le singole situazioni lese.

²⁴ Sull'argomento, si veda P. Rescigno, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della "class action" ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 2224 s. Cfr., altresì, Camilleri, *Contratti a valle*, cit., 292 s. e spec. 294-97; A. Giussani, *Studi sulle class actions*, Padova, 1996, 351 s.

²⁵ Interessante è la ricostruzione del congegno della *class action* proposta da C. Consolo, *Class Actions fuori dagli U.S.A.?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 609 s. L'Autore, postulando l'attribuzione di una soggettività sia processuale sia sostanziale alla classe – qualificazione che le deriverebbe dalla certificazione del giudice – assume che il *named representative* – cioè, l'attore formale nel giudizio collettivo – costituisca l'organo di rappresentanza giudiziale della medesima (più precisamente, ipotizza che quest'ultimo agisca come «rappresentante paraorganico della classe-ente»). In linea con siffatta interpretazione, l'A. ritiene quindi che la *res in iudicium deducta* debba necessariamente corrispondere ad un «intero unitario», non ancora riconducibile alla somma dei diritti e delle pretese dei singoli componenti della classe. Questo tipo di lettura consente di fatto di bypassare l'ostacolo rappresentato dalla deducibilità in un unico giudizio di una pluralità di domande ed evita persino di ipotizzare una incompatibilità tra il rimedio della *class action* e la strutturazione su base «individuale» del nostro sistema giuridico.

Vi è però che, nello stesso sistema processuale civile nordamericano, esistono già dei congegni che soddisfano la necessità di un giudizio individualizzato su singole questioni, anche all'interno di un processo collettivo attivato mediante *class action*. Concentrando l'analisi sulla normativa federale, e senza alcuna pretesa di esaustività, si segnala la previsione contenuta nella *Federal Rule of Civil Procedure* 42 (b), secondo la quale «il tribunale per ragioni di convenienza, per evitare un pregiudizio, o per esigenze di speditezza ed economia processuale, può disporre che una o più questioni [...] vengano affrontate in un giudizio separato»²⁶. La disposizione, rubricata “*Consolidation; Separate Trials*”, espressamente ammette che quand'anche più cause siano state riunite, *ab origine* (come nel caso dell'esperimento di una *class action*) o a seguito di un provvedimento di riunione (*order of consolidation*), la corte possa comunque disporre la trattazione separata di singole questioni, donde una certa adattabilità del processo civile alle caratteristiche delle singole controversie.

Il meccanismo processuale cui la *Rule* 42 fa riferimento consiste nella *bifurcation procedure*, cioè nella procedura che consente al giudice di disporre la scomposizione di un procedimento collettivo unitario in una serie di *trials*. Costituiscono esempi di applicazione estensiva di questa procedura i *phased trials*²⁷.

Largamente impiegata dalle corti statunitensi nella gestione del contenzioso di massa, la *bifurcation* – della quale costituiscono varianti ulteriori la *trifurcation*²⁸ e la *polyfurcation* – risalta come mezzo processuale che

²⁶ La lettera (b) della disposizione espressamente prevede: «*For convenience, to avoid prejudice, or to expedite and economize, the court may order a separate trial of one or more separate issues, claims, cross claims, counterclaims, or third party claims. When ordering a separate trial, the court must preserve any federal right to a jury trial*». Il testo integrale della disposizione è reperibile *on line* all'indirizzo <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule42.htm>.

²⁷ La comprensione del funzionamento dei *phased trials* presuppone la conoscenza dei requisiti preliminari, in presenza dei quali può ammettersi la *certification* di una *class action*. In estrema sintesi, la perseguibilità dell'azione di classe statunitense è subordinata alla sussistenza di quattro requisiti: (1) *numerosity of the parties*, (2) *commonality of legal and factual issues*, (3) *typicality of the claims and defenses of the class representative*, e (4) *adequacy of representation*. Nelle ipotesi in cui l'esistenza di questioni che richiedono una trattazione separata possa in concreto impedire la certificazione dell'azione, è comunque ammesso l'esperimento di una “*issue class action*”, cioè un'azione di classe dal contenuto limitato che consenta però di riunire tutte le controversie, e alla quale normalmente faranno seguito tanti giudizi minori quante siano le questioni da trattare separatamente. Per maggiori dettagli sull'impiego dei *phased trials*, nonché per i riferimenti giurisprudenziali, si veda E.F. Sherman, *Segmenting Aggregate Litigation: Initiatives and Impediments for Reshaping the Trial Process*, in *Rev. Litig.*, 2006, 709 s.

²⁸ V. *In re Bendectin Litig.*, 6th Cir., 1988, in 857 *F.2d*, 309. Il noto caso riguarda il

agevola una disciplina elastica del processo, permettendo che la delimitazione del suo oggetto sia, in una certa misura, rimessa alle determinazioni discrezionali del giudice.

Nelle controversie collettive risarcitorie, il più comune impiego della *bifurcation procedure* consiste nella limitazione dell'oggetto del giudizio unificato all'accertamento della illiceità della condotta plurioffensiva e dell'idoneità di questa a procurare danni analoghi a quelli effettivamente verificatisi (c.d. *generic causation*), con conseguente devoluzione al giudizio successivo e autonomo di una corte diversa (o di arbitri) delle questioni relative alla verifica del nesso eziologico con il fatto accertato e alla quantificazione del danno nel singolo caso²⁹. Così è accaduto, ad esempio, con riguardo alla trattazione di alcune delle azioni collettive risarcitorie esperite per danni causati dal consumo di prodotti derivati da tabacco³⁰ e da esposizione ad amianto³¹.

In questa sede, si deve necessariamente prescindere dall'analisi del dibattito sorto proprio in ambito statunitense intorno all'impiego della *bifurcation procedure*³².

contenzioso di massa originato dai reclami contro la casa farmaceutica *Merrell Dow*, sussidiaria della *Dow Chemical*, per danni derivanti dalla assunzione del *Benedictin*, un farmaco appartenente alla famiglia del *thalidomide*, che veniva somministrato alle donne in gravidanza come tranquillante, ma provocava in un numero altissimo di casi malformazioni del feto, quando non anche la morte. Ancorché la corte distrettuale avesse disposto la scomposizione del procedimento in tre diversi giudizi, il contenzioso si risolse per intervenuta conciliazione tra le parti. In base all'accordo intervenuto, la *Merrel Dow* avrebbe accantonato un fondo di 120 milioni di dollari per l'indennizzo delle vittime. Diffusamente sul caso, J. Sanders, *Benedictin on Trial: a Study on Mass Torts Litigation*, Ann Arbor (MI), 1998; Id., *From Science to Evidence: the Testimony on Causation in the Benedictin Cases*, in *Stan. L. Rev.*, 1993, 1; Id., *The Benedictin Litigation: a Case Study in the Life Cycle of Mass Torts*, in *Hast. L. J.*, 1992, 301; G. Ponzanelli, *Scienza, verità e diritto: il caso Bendectin*, in *Foro it.*, Parte IV, 1994, 327.

²⁹ In realtà, laddove la determinazione dell'entità del danno subito da ciascun appartenente alla classe sia stata rimessa ad altro ufficio giudiziario, questa potrà avvenire mediante la trattazione di giudizi individuali o di *small-group trials*, qualora i danni risarcibili possano essere agevolmente raggruppati in categorie. Sul tema, si veda P.D. Rheingold, *Mass Tort Litigation*, Deerfield (IL), 1996, § 16.25.

³⁰ V. *Simon v. Philip Morris, Inc.*, (E.D.N.Y. 2001), in 200 F.R.D., 21 s. Alla pagina 44, la corte ribadisce, da un lato, la necessità del ricorso a forme di tutela collettiva in presenza di fatti illeciti plurioffensivi, data l'esigenza di preservare l'aggregazione delle singole pretese risarcitorie, e dall'altro, l'utilità della selezione delle questioni rispetto alle quali è opportuno individualizzare l'apprezzamento giudiziale in funzione dell'obiettivo di *efficient adjudication*.

³¹ V. *Jenkins v. Raymark Indus., Inc.*, (5th Cir. 1986), in 782 F.2d, 473.

³² In proposito, si rinvia a Sherman, *Segmenting Aggregate Litigation*, cit., 704-6.

Volgendo l'attenzione al contesto italiano, non ci si può però esimere dal sottolineare come l'idea di una procedura che – diversamente da quanto sia possibile attraverso l'azione collettiva di cui all'art. 140-*bis* cod. cons. – consenta di circoscrivere l'oggetto del processo collettivo entro confini ragionevoli, in base alla complessità del contenzioso, al fine di preservare la funzionalità delle tecniche di tutela collettiva impiegate, pare una soluzione che si lascia senz'altro preferire rispetto alla rigida applicazione delle tecniche stesse, almeno in un'ottica orientata a risultati di effettività della tutela giurisdizionale.

Vero è che l'importazione della *bifurcation* nel nostro ordinamento solleverebbe essa stessa obiezioni, anzitutto quella derivante dal principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, *ex* art. 112 c.p.c. Non v'è dubbio, però, che l'adozione di tecniche analoghe a quella descritta – in grado di scindere l'attività cognitiva del giudice in due segmenti, uno collettivo, l'altro individuale – resta un correttivo auspicabile proprio nell'ottica di affinamento di una tecnica processuale che, come richiesto in tema di *mass torts* benché non previsto dall'azione di classe di recente conio, consenta sì la gestione, per l'appunto unificata, di più pretese risarcitorie accomunate dall'identità del fatto generatore di responsabilità, ma garantendo al contempo un accertamento sull'*an* e, soprattutto, sul *quantum* dell'obbligazione risarcitoria, legata alla singola lesione/pretesa, il più possibile calibrato sulle specificità del caso.

Il quadro d'oltre Atlantico, relativo a tecniche processuali idonee alla gestione di situazioni aggregate, si completa poi mediante due congegni correntemente impiegati alternativamente alla *class action*³³ o anteriormente al suo esperimento (quali forme di *pretrial administration*). Ci si riferisce, in particolare, alla procedura di *Multidistrict Litigation (MDL)*³⁴ e al modello

³³ Sulle ragioni che giustificano il crescente scetticismo delle corti statunitensi rispetto all'impiego del congegno della *class action* in ambito di *mass tort litigation*, v. *In re Fosamax Prods. Liab. Litig.*, (S.D.N.Y. 2008), in 248 F.R.D., 396 e nn. 7-8; *In re Zyprexa Prods. Liab. Litig.*, (E.D.N.Y. 2006), in 238 F.R.D., 542.

³⁴ V. Pub. L. No. 90-296, 82 Stat. 109 (1968), trasfusa nel 28 U.S. Code, § 1407, la cui più recente novella è stata adottata il 08 Gennaio 2008. Il § 1407 (a) prevede: «*When civil actions involving one or more common questions of fact are pending in different districts, such actions may be transferred to any district for coordinated or consolidated pretrial proceedings. Such transfers shall be made by the judicial panel on multidistrict litigation authorized by this section upon its determination that transfers for such proceedings will be for the convenience of parties and witnesses and will promote the just and efficient conduct of such actions. Each action so transferred shall be remanded by the panel at or before the conclusion of such pretrial proceedings to the district from which it was transferred unless it shall have been previously terminated: Provided, however, [t]hat the panel may separate any claim, cross-claim, counter-claim, or third-party claim and remand any of such claims before the remainder of the action is remanded.*» Il testo

dell'azione-pilota (*bellwether trial*).

Quanto alla prima, consiste in un modello di gestione aggregata del contenzioso di massa che, a differenza della *class action*, consente di mantenere l'individualità dei singoli giudizi. La procedura di MDL permette, infatti, di trasferire di fronte ad un unico giudice federale tutte le controversie civili pendenti dinanzi alle altre corti federali, allorché contengano analoghe questioni preliminari di merito, al fine di risolverle in modo uniforme. Il compito di determinare quando si verifichi la contestuale pendenza di questioni comuni di fronte a corti differenti spetta al *Judicial Panel of MDL*³⁵, che decide anche dinanzi a quale tribunale il contenzioso debba essere trasferito³⁶. La centralizzazione dei giudizi (*consolidation of individual cases*) così realizzata consente di perseguire molteplici obiettivi: scongiurare inutili duplicazioni della fase di *discovery*, prevenire giudizi incongruenti e ridurre i costi processuali per le parti coinvolte.

Una volta ottenuta la pronuncia sulle questioni comuni, i giudizi individuali possono riprendere il proprio corso di fronte alla corte originaria (*Transferor Court*). Tuttavia, stando alle statistiche sugli esiti delle controversie amministrate attraverso la procedura di MDL³⁷, solo una ristretta minoranza dei casi prosegue per l'appunto dinanzi alla corte originaria, mentre la maggior parte viene definita – propriamente, *adjudicated* – dalla *Transferee Court*.

Chiaramente, il fatto che un numero consistente di controversie sia risolto mediante il ricorso alla MDL presenta non pochi ostacoli. Si pensi al rischio concreto dell'aumento indiscriminato della pendenza giudiziaria³⁸ – con una ricaduta negativa sui costi economici e sociali della giustizia – nonché al sensibile allungamento della durata dell'intero procedimento.

A fronte dei problemi evidenziati, la soluzione elaborata dalle corti federali statunitensi – e già sperimentata con riguardo a controversie risarcitorie per danni derivanti dalla produzione e commercializzazione di prodotti nocivi, di farmaci guasti e nei casi di responsabilità ambientale – consiste nella selezione di un numero ristretto di casi (cc.dd. *bellwether cases*)³⁹,

integrale della disposizione, rubricata «*Multidistrict Litigation*», è reperibile *on line* all'indirizzo http://www.law.cornell.edu/uscode/28/usc_sec_28_00001407----000-.html.

³⁵ V. 28 U.S. Code, §1407 (d). Cfr., <http://www.jpml.uscourts.gov>.

³⁶ V. 28 U.S. Code, §1407 (e).

³⁷ V. http://www.jpml.uscourts.gov/General_Info/Statistics/statistics.html.

³⁸ Per un'analisi di questo aspetto problematico, v. E.E. Fallon, J.T. Grabill, R.P. Wynne, *Bellwether Trials in Multidistrict Litigation*, in *Tul. L. Rev.*, 2007-2008, 2328.

³⁹ Sull'etimologia della denominazione, v. *In re Chevron U.S.A. Inc.*, (5th Circ. 1997), in 109 F.3d, 1019, a tenore della quale «*the term bellwether is derived from the ancient practice of belling a*

test cases, o *representative plaintiff trials*), la cui definizione consente di agevolare la risoluzione delle restanti controversie.

3. Il modello dell'azione-pilota è attualmente impiegato dalle corti statunitensi nella *mass tort litigation* a scopo di *screening* preventivo, soprattutto in prospettiva di una composizione transattiva del contenzioso di massa.

In presenza di un numero ingente di controversie risarcitorie per danni derivanti dal medesimo fatto illecito, il congegno processuale dell'azione-pilota consente alle corti di instaurare giudizi individuali limitati ad un numero ristretto di casi, precedentemente selezionati dagli avvocati delle parti coinvolte o dalle stesse corti. Le decisioni, ciascuna delle quali evidentemente produce effetti vincolanti nei confronti delle sole parti coinvolte nel relativo giudizio, non investono direttamente le restanti controversie ma – purché costituiscano giudicati conformi – possono essere impiegate come parametro di riferimento⁴⁰.

Il ricorso al modello dell'azione-pilota all'interno della procedura di MDL si è rivelato estremamente utile per la composizione transattiva del vasto contenzioso derivante dall'uso di alcuni prodotti medici dannosi. In particolare, il riferimento riguarda i procedimenti giudiziari centralizzati di fronte alla *United States District Court for the Eastern District of Louisiana* per l'accertamento della responsabilità di due case farmaceutiche coinvolte nella produzione e commercializzazione dei farmaci *Propulsid* e *Vioxx*⁴¹, impiegati

wether (a male sheep) selected to lead his flock. The ultimate success of the wether selected to wear the bell was determined by whether the flock had confidence that the wether would not lead them astray, and so it is in the mass tort context.

⁴⁰ Nell'applicazione originaria del congegno processuale, le decisioni rese su controversie-pilota erano state impiegate come precedenti formalmente vincolanti in altre controversie, che con le prime avevano in comune l'identità del fatto lesivo e del conseguente pregiudizio. V. *Cimino v. Raymark Indus., Inc.*, (E.D. Tex. 1990), in 751 F. Supp., 662. Orientamento di segno contrario hanno tuttavia manifestato le corti d'appello, stante la obiettiva difficoltà di determinare nell'ambito di giudizi individuali dei criteri sufficientemente generali da consentire l'inferenza del nesso di causalità e la automatica quantificazione del danno in fattispecie analoghe, nonché il sostanziale indebolimento del diritto di difesa, v. *Cimino v. Raymark Indus., Inc.*, (5th Cir.1999), in 151 F.3d., 320, *reh'g denied*, in 1998 U.S. App. LEXIS 25982 (5th Cir. Tex. Sept. 21,1998). Per un'analisi più approfondita della giurisprudenza menzionata, si rinvia ad A.D. Lahav, *Bellwether Trials*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 2007-2008, 582 s.; Sherman, *Segmenting Aggregate Litigation*, cit., 698 s.

⁴¹ Si vedano *In re Propulsid Prods. Liab. Litig.*, (J.P.M.L. Aug. 7, 2000), MDL Nr. 1355, in 2000 WL 35621417; *In re Vioxx Prods. Liab. Litig.*, (J.P.M.L. 2005), in 360 F. Supp. 2d, 1352. Entrambi i casi sono stati trattati ampiamente nella letteratura giuridica. A titolo esemplificativo, si veda Fallon, Grabill, Wynne, *Bellwether Trials*, cit., 2332 s.; con riguardo

rispettivamente per alleviare i disturbi funzionali dell'intestino e per la cura delle artriti, ai quali si associavano però frequenti attacchi di cuore e infarti. In entrambi i casi, scopo perseguito dalla *Transferee Court* non è stato certamente quello di risolvere centinaia di controversie attraverso la trattazione di una serie di giudizi rappresentativi, ma piuttosto quello di fornire a tutti i titolari di situazioni soggettive identiche a quelle decise, importanti indicazioni sull'indirizzo seguito dalla corte in relazione all'apprezzamento delle prove nell'accertamento della responsabilità risarcitoria e ai criteri impiegati nella liquidazione del danno.

Come si vede, ancorché difetti dell'elemento dell'efficacia vincolante nei confronti delle cause parallele, il modello dell'azione-pilota, analizzato in una prospettiva d'insieme, consente di ricavare importanti indicazioni sugli orientamenti delle corti ed è, in ultima istanza, volto a creare dei *leading cases* favorevoli. In altre parole, ancorché i giudici non siano formalmente vincolati dall'esistenza di una o più decisioni omogenee, rese in fattispecie sostanzialmente analoghe a quelle da decidere, è innegabile che le pronunce sui casi-pilota assumano negli altri giudizi un'autorità per così dire "di fatto", contribuendo così alla omogeneizzazione delle restanti decisioni.

Ciò detto, può riflettersi, semmai, sul fatto che in mancanza di una reale vincolatività giuridica il modello dell'azione-pilota non offre in ogni caso alcuna garanzia in ordine all'esito delle controversie insorte su fattispecie analoghe. Circostanza, questa, di tutto rilievo allorché si valuti la concreta esportabilità del paradigma processuale dell'azione-pilota nei sistemi di *civil law*. Infatti, tenuto conto del fatto che in questi sistemi il valore riconosciuto al precedente giudiziario è assai contenuto – e ciò, quand'anche il precedente provenga dall'organo giudiziario investito della funzione nomofilattica – un "innesto" del modello dell'azione-pilota in ordinamenti processuali come quello italiano non potrebbe che comportare il sostanziale indebolimento della sua efficacia.

4. Spostando l'attenzione sugli ordinamenti di *civil law* di stampo europeo, una possibile variante rispetto al modello statunitense dell'azione-pilota è rappresentata da un meccanismo di tutela collettiva introdotto in Germania

esclusivo all'uso del *Vioxx*, si veda J.V. O'steen e O'steen V., *The FDA defense: Vioxx and the Argument against Federal Preemption of State Claims for Injuries Resulting from Defective Drugs*, in *Ariz. L. Rev.*, 2006, 67. Per una rassegna delle decisioni sulle azioni-pilota esperite per il risarcimento dei danni derivanti dalla produzione e commercializzazione del *Vioxx*, si veda A. D. Lahav, *Recovering the Social Value of Jurisdictional Redundancy*, in *Tul. L. Rev.*, 2008, 2394-96 e nn. 106-7.

nel novembre del 2005. Si tratta appunto del «*Kapitalanleger-Musterverfahren*» (*KapMuG*)⁴²: un congegno che trova applicazione in presenza di una pluralità di cause parallele, e che opera mediante l'introduzione di un processo-modello (*Muster-Prozess*) e la contestuale sospensione dei restanti giudizi, permettendo di risolvere in modo identico e vincolante per tutti una questione controversa comune.

Il meccanismo del *KapMuG* consente di recuperare l'elemento dell'efficacia giuridica vincolante della pronuncia sulla causa-modello nei confronti delle cause parallele, e in definitiva si attesta quale strumento preferenziale in termini di efficienza della tutela giurisdizionale.

Nell'ordinamento tedesco, il processo-modello ha trovato applicazione inizialmente nel codice della giustizia amministrativa ove il rimedio è subordinato al presupposto che ricorra la contestuale pendenza in giudizio di più di venti procedimenti, in cui si contesti la legittimità del medesimo provvedimento amministrativo. Il giudice, sentite le parti, può scegliere uno o più procedimenti che ritenga idonei ad essere decisi per primi, disponendo la contestuale sospensione degli altri. Passata in giudicato la decisione sul processo-modello, il giudice procede quindi con rito semplificato alla trattazione dei restanti procedimenti, che vengono decisi con ordinanza ove non presentino differenze, in punto di fatto o di diritto, dal processo-modello⁴³.

Ebbene, nel 2005 il congegno del processo-modello è stato introdotto anche nelle controversie del mercato finanziario, allo scopo di migliorare il livello di tutela offerto agli investitori⁴⁴. Nell'ambito delle azioni di

⁴² Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren (*KapMuG*), 16 Agosto 2005, in *Bundesgesetzblatt Jahrgang (BGBl) 2005 Teil 1*, Nr. 50, *ausgegeben zu Bonn*, 19 Agosto 2005. Per un aggiornato e approfondito quadro in lingua inglese, si veda M. Strüner, *Model case proceedings in the capital markets - Tentative steps towards group litigation in Germany*, in *Civil Justice Quarterly*, 2007, 250. Cfr., anche Caponi, *Modelli europei*, cit., 171 s.; Camilleri, *Contratti a valle*, cit., 305; C. Consolo - D. Rizzardo, *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 891; Id., *Class actions «fuori dagli Usa»: qualcosa si muove anche alle nostre (ex-) frontiere settentrionali almeno quanto al case management*, in *Int'l Ls*, 2006, 38; C. Poncibò, *La controriforma delle class actions*, in *Danno e resp.*, 2006, 131 s.

⁴³ V. § 93a *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*. La disposizione, introdotta nel 1991, è stata successivamente modificata nel 1996. Il documento è reperibile *on line*, con testo a fronte in francese, all'indirizzo <http://archiv.jura.uni-saarland.de/BIJUS/vwgo/93a.html>.

⁴⁴ L'introduzione del processo-modello nelle controversie del mercato finanziario era stata auspicata dalla stessa Corte Costituzionale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*), che nel 2004 aveva respinto un ricorso di costituzionalità presentato da alcuni degli azionisti della *Deutsche Telekom Ag.* per l'irragionevole durata del processo intrapreso contro la stessa società di telecomunicazioni, la Repubblica federale tedesca e alcune banche. V. *BVerfG*, in *NJW*, 2004,

risarcimento del danno per false o omesse informazioni di mercato, ovvero nelle azioni di adempimento contrattuale in relazione alle offerte pubbliche previste dalla normativa sull'acquisto e l'assunzione di valori mobiliari, ciascuna delle parti può chiedere al giudice di rimettere alla Corte d'Appello la decisione su una questione di fatto o di diritto decisiva per l'accertamento della pretesa in giudizio. Dell'istanza viene data adeguata pubblicità mediante pubblicazione nel registro elettronico del Foglio di annunci legali federale. Se nell'arco di quattro mesi la stessa questione viene sollevata in almeno altri nove giudizi individuali, il giudice che per primo ha ottenuto la pubblicazione della istanza nel registro elettronico, la rimette con ordinanza alla Corte d'Appello. L'ordinanza di rimessione alla Corte d'Appello si intende altresì come chiamata in causa delle parti nel processo-modello. È fondamentale che dall'istanza rivolta alla Corte d'Appello risulti l'indicazione della questione che sta alla base sia del processo-modello, sia di tutte le cause parallele. A questo punto, gli altri giudici sospendono i processi pendenti dinanzi a loro.

La Corte d'Appello, dopo aver identificato l'azione-modello, nominato d'ufficio un attore-modello (*Musterkläger*) e consentito l'intervento nel processo dei terzi interessati, si pronuncia con ordinanza reclamabile sulla sola questione comune con effetto vincolante per le parti del processo-modello, per i terzi intervenienti e per tutte le parti delle restanti cause parallele. Dopo il deposito della decisione-modello (*Musterverfahren*) ormai passata in giudicato, i procedimenti che erano stati sospesi riprendono il proprio corso.

Invero, diversamente dalla normativa speciale che regola le controversie del mercato finanziario, il codice di procedura civile tedesco non contiene alcuna previsione riguardo al processo-modello. Tuttavia, in caso di contestuale pendenza di più cause parallele la cui decisione è subordinata alla soluzione della stessa questione, la prassi giudiziaria ammette che le parti coinvolte possano stipulare un accordo (*Musterprozessabrede*), che preveda l'immediata trattazione solo di una tra le cause pendenti, la provvisoria sospensione delle altre e la vincolatività della decisione resa sul processo-

3320. La vicenda riguarda migliaia di risparmiatori che negli anni 1999 e 2000 avevano acquistato azioni della *Deutsche Telekom*, la cui quotazione aveva subito un notevole ribasso poco dopo l'acquisto. Circa diciassette mila azioni risarcitorie vennero esperite di fronte al tribunale di Francoforte per false o erronее informazioni di mercato, con la conseguente paralisi totale della sezione commerciale dello stesso tribunale. Ad oggi, nel processo pendente dinanzi alla Corte d'appello di Francoforte, non è stata ancora emessa l'ordinanza istruttoria. Per ulteriori dettagli su questa vicenda, si rinvia a Consolo - Rizzardo, *Due modi*, cit., 894.

modello per le parti coinvolte nelle restanti cause.

Ora, così descritto nelle sue linee generali, il modello tedesco di tutela collettiva risarcitoria, può ben dirsi un esperimento⁴⁵ riuscito, almeno nella misura in cui persegue l'obiettivo di una tutela aggregata efficiente, nel rispetto delle garanzie individuali delle parti coinvolte. Limitando la fase di cognizione unificata all'accertamento di astratte questioni di fatto o di diritto – ancorché comuni a più procedimenti individuali – e lasciando per il resto sostanzialmente inalterata la struttura dei singoli giudizi, il congegno del processo-modello si discosta sensibilmente dal paradigma della *class action*. Inoltre, per quanto il *KapMuG* riecheggi sotto alcuni profili la struttura della procedura di *MDL* statunitense, prima descritto, ancora una volta è dato di cogliere molteplici e significative differenze tra l'uno e l'altra.

Anzitutto, il *KapMuG* è un congegno processuale che ha ricevuto compiuta disciplina solo nell'ambito del piano di protezione degli investitori, laddove invece la procedura di *MDL* presenta margini operativi molto più estesi, essendo ammessa con riguardo alle controversie risarcitorie derivanti da ogni genere di comportamento illecito. E ancorché si ritenga che la particolare cautela che ha contraddistinto l'intervento tedesco vada condivisa in ragione delle riserve in premessa manifestate rispetto ai meccanismi di tutela collettiva, va comunque ribadito come, a fronte di una disciplina legale circoscritta, la tendenza prevalente delle corti tedesche sia chiaramente nel senso di ammettere un impiego più ampio del processo-modello.

Ad ulteriore dimostrazione della distanza tra il *KapMuG* e la procedura di *MDL*, risalta la notevole restrizione del potere discrezionale della Corte d'Appello nel giudizio "collettivo" tedesco⁴⁶. È abbastanza evidente, infatti, che il processo-modello è configurato come uno spazio processuale che non può in alcun modo travalicare i confini della mera fase incidentale, all'interno dei procedimenti pendenti dinanzi ai giudici *a quibus*. Al contrario, come si è avuto modo di notare in precedenza, la flessibilità del sistema processuale americano, di fatto, consente di estendere la competenza individuata in capo alla *Transferee Court*, ancorché il contenzioso di massa fosse stato trasferito dinanzi a questa per la soluzione delle sole questioni

⁴⁵ È opportuno ribadire che il *KapMuG* altro non è che un vero e proprio esperimento legislativo subordinato al termine finale del 1° Novembre 2010, fatta salva diversa determinazione del legislatore tedesco.

⁴⁶ Cfr., Consolo, Bona, Buzzelli, *Obiettivo class action*, cit., 40. Dagli Autori il dato viene rimarcato nel confronto con la «*group litigation*» di matrice anglosassone, ma in fondo rappresenta uno dei principali nodi del confronto tra i sistemi processuali di *common law* e di *civil law*.

comuni decisive per l'accertamento dei diritti quesiti nei singoli giudizi. Rispetto a quest'ultimo aspetto, e cioè l'estensione dei poteri del giudice nel processo collettivo, pare ragionevole ritenere che, a fronte della prevedibile lentezza dell'intera *machinery*, il rigore della soluzione tedesca si lasci comunque preferire all'elasticità della soluzione americana, che invece potrebbe comportare una eccessiva "semplificazione della fattispecie" non scevra da rischi.

Un'ultima novità di rilievo, che invero rappresenta una caratteristica peculiare del modello del *KapMuG*, è costituita dall'introduzione del giudicato sul punto di fatto, oltre che sul punto di diritto; caratteristica, questa, considerata in dottrina come di tutto rilievo in relazione all'obiettivo della "circolabilità transnazionale della decisione-modello"⁴⁷.

Alla luce delle considerazioni sinora esposte, appare evidente la decisa eterogeneità del congegno del *KapMuG* rispetto al paradigma statunitense di *class action* e ad entrambi i due sub-modelli a quello ancillari, prima richiamati. Per altro verso, preme inoltre segnalare come la scelta di mantenere il giudizio in fase unificata entro i limiti circoscritti di un accertamento di carattere generale, lasciando sostanzialmente impregiudicate le questioni individuali, consente di recuperare una certa compatibilità tra struttura del congegno processuale impiegato per la gestione del contenzioso di massa e scopi di tutela perseguiti, colmando in definitiva i limiti della tutela collettiva, ai quali in premessa s'è fatto riferimento

5. Questa breve parentesi dedicata ad alcune tra le principali tecniche di *aggregate litigation* consente di fare maggiore luce sui limiti e le possibili prospettive di miglioramento del congegno di nuovo conio, di cui il nostro ordinamento si è dotato.

Già in passato, nel contesto di numerose vicende giudiziarie riguardanti proprio ipotesi di illeciti di massa⁴⁸, non sono mancati tentativi di argomentare già *de iure condito* una qualche forma di tutela giurisdizionale collettiva, in grado di dar corpo a rimedi risarcitori a favore dei singoli danneggiati. In presenza di eventi simultaneamente plurioffensivi, l'aggregazione nel processo di una pluralità di posizioni individuali è stata

⁴⁷ V. Caponi, *Modelli europei*, cit., 173 e n. 74.

⁴⁸ Si pensi, tra i numerosi esempi, alle controversie scaturite per il risarcimento dei danni derivanti dal disastro del Vajont o al procedimento penale relativo alla nota tragedia di Porto Marghera, alle azioni esperite contro le cause farmaceutiche coinvolte nella produzione e commercializzazione di farmaci nocivi, al contenzioso esperito contro il Ministero della Salute per i danni derivanti da vaccinazioni obbligatorie o somministrazione di sangue infetto e ancora alle molteplici azioni risarcitorie per danni da esposizione ad amianto.

infatti spesso tentata mediante il ricorso allo strumento del litisconsorzio facoltativo attivo (art. 103 c.p.c.)⁴⁹. In questi stessi casi, l'impiego del meccanismo della condanna generica (art. 278 c.p.c.)⁵⁰ ha inoltre consentito di ottenere un giudicato limitato all'accertamento dell'*an debeat*, con la possibilità di esperire un autonomo e separato giudizio per l'accertamento del *quantum debeat*⁵¹. È superfluo ricordare che dal novero dei meccanismi impiegati per promuovere l'aggregazione processuale di più pretese risarcitorie sono stati esclusi i congegni che operano in materia di diritto del lavoro⁵², la cui gestione è per altro affidata ad una giurisdizione speciale.

Ebbene, il litisconsorzio facoltativo attivo, come è noto, può essere impiegato ogni qual volta esistano ragioni di opportunità che giustifichino la partecipazione congiunta di una pluralità di soggetti al medesimo processo. Basti qui osservare che l'opportunità del litisconsorzio facoltativo attivo si ravvisa, ad esempio, in relazione a tutte quelle cause che, per identità di *petitum* o di *causa petendi*, presentino vincoli di connessione oggettiva. In questi casi, il ricorso al congegno del litisconsorzio facoltativo attivo soddisfa principalmente l'esigenza di evitare il formarsi di giudicati contraddittori su fattispecie sostanzialmente analoghe. Fermo tutto ciò, il congegno processuale appare in linea teorica indubbiamente interessante, salvo però poi dimostrarsi fragile nella pratica, come nel caso del contenzioso contro il Ministero della Salute per danni derivanti da somministrazione di sangue infetto⁵³, data l'assenza di un apparato di norme che disciplinano nello specifico il processo litisconsortile e la convergenza

⁴⁹ Al riguardo, si vedano Consolo, Bona, Buzzelli, op. cit., 51 s.; C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2006, 362 s., spec. 372 e n. 25.

⁵⁰ Sull'argomento si rinvia ad A. Carratta, *Condanna generica*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1997; si vedano, altresì, Consolo, Bona, Buzzelli, op. cit., 52-3; Mandrioli, *Diritto processuale*, cit., 69 s. e n. 39.

⁵¹ Con riguardo al caso del disastro del Vajont, si veda, sull'*an debeat*, Cass. 24-11-1982, n. 6432, accessibile *on line* sul sito <http://www.dirittoegiustizia.it>; sul *quantum debeat*, si veda invece, Cass. 19-06-1996, n. 5650, in *Danno e resp.*, 1996, 693.

⁵² Cfr. art. 28, Statuto dei Lavoratori. L'argomento è, come noto, assai complesso, sicché è senza pretesa di completezza che si rinvia a U. Romagnoli, *Aspetti processuali dell'art. 28 St. lav.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 1309 s.; C. Punzi, *Repressione della condotta antisindacale (Profili di diritto processuale)*, in *Comm. dello Stat. dei lavoratori*, diretto da U. Prosperetti, II, Milano, 1975, 968 s.

⁵³ In argomento, si veda Consolo, Bona, Buzzelli, op. cit., 53. Gli Autori sottolineano come nel caso della somministrazione di sangue infetto, ancorché sia dato registrare una maggiore convergenza dei soggetti danneggiati nei medesimi giudizi, si sia comunque verificata "una cascata di litigation", che ha di fatto condotto a giudicati contrastanti e inevitabilmente discriminatori, data l'identità delle lesioni individuali lamentate.

solo parziale dei soggetti danneggiati nei principali procedimenti.

Per ciò che concerne invece l'istituto della condanna generica, il nostro ordinamento espressamente ammette che all'interno di un giudizio instaurato per ottenere la pronuncia sia sull'*an* che sul *quantum* di una certa prestazione – qual è ad esempio quella risarcitoria – il giudice, ove ritenga raggiunta la prova sull'*an*, possa limitarsi alla pronuncia di una sentenza non definitiva di condanna generica del convenuto, salva la prosecuzione del giudizio sul *quantum*.

Nondimeno, la giurisprudenza è giunta a riconoscere altresì l'esperibilità di azioni di condanna generica con pluralità di parti, finalizzate all'accertamento della sola fondatezza della domanda giudiziale⁵⁴. All'esito di siffatto giudizio, rimane comunque nella facoltà delle parti di dedurre le rispettive pretese in un successivo processo – anch'esso litisconsortile ovvero individuale – che delle pretese medesime consenta di determinare l'ammontare. Proprio con riguardo a questa seconda possibilità d'impiego dell'istituto, le azioni di condanna generica hanno rivelato un'effettiva idoneità ad essere usate come tecniche di tutela aggregata. A ben vedere, sono tuttavia da rilevare il difetto dell'elemento dell'efficacia esecutiva in capo alla sentenza di condanna generica, l'impossibilità di escludere che in sede di liquidazione il giudice possa comunque negare l'esistenza di un danno risarcibile – ove, ad esempio, la pronuncia affermativa sull'*an* si fondasse sull'accertamento della mera potenzialità del danno – e i costi, non facilmente preventivabili, di una costruzione a due fasi.

Dunque, è in questo contesto, ove svariati sono emersi i limiti delle possibili vie “codificate” – processo litisconsortile e condanna generica – che l'esigenza di messa a punto di idonee soluzioni alternative, già chiaramente avvertita a livello dogmatico, ha preso ad assumere anche precisa visibilità “politica”.

Già in tempi relativamente lontani, peraltro, la migliore dottrina aveva preso ad auspicare l'introduzione di strumenti processuali che consentissero l'azionabilità di pretese di carattere collettivo, salvo poi interrogarsi sulle situazioni tutelabili attraverso siffatti strumenti. Si trattava di situazioni nuove, tumultuosamente emerse senza un preciso addentellato normativo, e per di più riferibili ad una pluralità indefinita di soggetti. La necessità di darne un inquadramento giuridico ha portato, com'è noto, all'elaborazione delle categorie – per altro, originariamente indifferenziate – dell'interesse collettivo e dell'interesse diffuso. Chiaramente, non è questa la sede per ripercorrere l'ampio e articolato dibattito che, soprattutto a partire dagli anni

⁵⁴ Per una rassegna dei principali orientamenti giurisprudenziali in argomento, si veda Mandrioli, *Diritto processuale*, cit., 70 n. 44.

⁷⁰, si è aperto con riferimento alla deducibilità nel processo collettivo dei cc.dd. interessi diffusi, né per trattare delle azioni nell'interesse collettivo in senso proprio⁵⁵. È semmai utile ricordare come la questione maggiormente avvertita all'interno della riflessione dottrinale, attenga alla difficoltà di adattare la struttura del processo civile – ritagliata su situazioni soggettive di tipo individuale – rispetto alla complessità delle nuove situazioni giuridiche da tutelare, che invece esigono la predisposizione di azioni ad esercizio collettivo.

Questa difficoltà, peraltro, reagisce sul modo di intendere le medesime situazioni giuridiche o, il che è lo stesso, sulla configurazione del danno risarcibile nelle azioni ad esercizio collettivo.

Sul punto, sono state elaborate due diverse interpretazioni. La prima ritiene che l'oggetto della tutela giurisdizionale collettiva sia rappresentato da posizioni giuridiche soggettive diverse (o meglio, sganciate) da quelle individuali: più esattamente da interessi, in senso stretto, superindividuali⁵⁶. Secondo altro orientamento invece oggetto della pretesa dedotta nel processo collettivo sarebbe una situazione giuridica a contenuto complesso, corrispondente al cumulo di più interessi individuali, tendenzialmente omogenei⁵⁷.

⁵⁵ Per un'illustrazione al riguardo, si rinvia ad AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi*. Atti del Convegno di Studio Pavia 11-12 Giugno 1974, Padova, 1976, (ed ivi, spec. le relazioni di V. Denti, S. Rodotà, R. Pardolesi, M. Cappelletti, G. Costantino); V. Vigoriti, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, 1979, passim; R. Federici, *Gli interessi diffusi*, Padova, 1984, passim; N. Trocker, *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989. Fra i numerosissimi lavori, si vedano M. Cappelletti, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 361; A. Corasaniti, *La tutela degli interessi diffusi davanti al giudice ordinario*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, 180; V. Vigoriti, *Metodi e prospettive di una recente giurisprudenza in tema di interessi diffusi e collettivi*, in *Foro it.*, Parte IV, 1980, 320; N. Trocker, *Gli interessi diffusi nell'opera della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 1112. Di recente, AA. VV., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2003, (ed ivi, spec. le relazioni di G. Alpa, C. Punzi, A. Cerri, M. Taruffo, C. M. Bianca, A. Carratta); P. Petrelli, *Interessi collettivi e responsabilità civile*, Padova, 2003, passim; cfr. anche Cass. s.u. 28-03-2006, n. 7036, in *Corr. giur.*, 2006, 785 s., con nota di A. Di Majo, *I diritti soggettivi collettivi delle associazioni dei consumatori*.

⁵⁶ Nel senso indicato, commentando il vecchio testo dell'art. 140-bis cod. cons., come disciplinato dalla legge finanziaria 2008, G. Costantino, *La tutela collettiva risarcitoria: nota a prima lettura dell'art. 140-bis cod. consumo*, in *Foro it.*, Parte V, 2008, 17. Compie una disamina dei due orientamenti dottrinali, ma è sostanzialmente favorevole al primo, Ernesto Cesàro, *Azione collettiva risarcitoria (Class Action)*, Milano, 2008, 46 s. e 119 s.

⁵⁷ A favore di questa tesi, con riguardo al vecchio testo dell'art. 140-bis cod. cons., A. Briguglio, *L'azione collettiva risarcitoria*, Torino, 2008, 25 s.; G. Alpa, *Class Action, note sull'art.*

Gli effetti scaturenti dall'una o dall'altra interpretazione non sono certo di poco momento: la prima interpretazione trattiene il processo collettivo dentro lo schema tradizionale del giudizio a due parti, ma presenta notevoli difficoltà in fase di quantificazione del danno risarcibile, dati i contorni piuttosto indefiniti dell'interesse collettivo protetto; mentre la seconda interpretazione colloca in primo piano la posizione individuale dei singoli consumatori e utenti.

In realtà, i termini di queste risalenti riflessioni dottrinarie sembrano perdere oggi molta della loro importanza alla luce del nuovo impianto dell'art. 140-*bis* cod. cons. Basti osservare che la disposizione espressamente pone la nuova «azione di classe» a presidio di diritti individuali omogenei, di pertinenza di consumatori e utenti, e che agli stessi consumatori e utenti – purché riuniti in un comitato *ad hoc* – estende la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione, fugando così qualsiasi dubbio interpretativo con riguardo sia alla determinazione dell'oggetto della tutela giurisdizionale collettiva, sia al problema della legittimazione attiva.

D'altra parte, benché di primo acchito l'art. 140-*bis* cod. cons. parrebbe sganciarsi del tutto dalla prospettiva degli interessi collettivi – essendo l'azione collettiva ivi disciplinata dichiaratamente volta alla tutela di diritti individuali – vi è che, come bene chiarito in dottrina – non solo la stessa promozione dell'azione debba rispondere alla “*apparenza di tutela di un interesse della classe, ma che lo stesso art. 2 del codice del consumo garantisca i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, promuovendone la protezione «anche in forma collettiva e associativa»*”⁵⁸

5.1. Ripercorrendo brevemente le tappe fondamentali che hanno infine condotto alla introduzione della *machinery* della tutela di classe nel nostro ordinamento deve dirsi come già nell'ambito dei lavori preparatori che

140-*bis* c. 1 del Codice del consumo, il documento è accessibile *on line* all'indirizzo <http://www.altalex.com/index.php?idnot=40711>; C. Consolo, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello “opt in” anziché quella danese dello “opt out” e il filtro (“L'inutil precauzione”)*, in *Corr. giur.*, 2008, 5; R. Caponi, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 819; Id., *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1205. Secondo S. Menchini, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Osservatorio sulle azioni seriali, Art. 140-bis*, 31-01-2008, accessibile *on line* sul sito <http://www.judicium.it>, l'azione in questione non si limiterebbe a tutelare solo l'interesse superindividuale, ma al contempo tutelerebbe anche «*le pretese personali a contenuto omogeneo degli utenti e dei consumatori*».

⁵⁸ Cfr., G. Alpa, *L'art. 140 bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 379 s., ma spec. 385.

hanno condotto alla formulazione della L. n. 281 del 1998, fosse emersa una proposta finalizzata all'introduzione di un'azione collettiva nel processo civile⁵⁹. La proposta si ispirava al modello tedesco della *Verbandsklage*⁶⁰ per quanto riguarda l'attribuzione della legittimazione ad agire a favore di associazioni rappresentative di interessi collettivi di consumatori e utenti, ma tentava di potenziarne l'efficacia – lì frustrata dalla limitazione della tutela ottenibile alla sola adozione di una misura inibitoria⁶¹ – consentendo di rimuovere dal patrimonio del convenuto i proventi illecitamente conseguiti, con destinazione a vantaggio di un fondo dello Stato per la tutela dei consumatori e degli utenti. Evidente appariva, dunque, l'esclusivo radicamento dell'azione su di un interesse collettivo unitario, con l'effetto di anteporre obiettivi di tutela del (corretto svolgimento dell'attività di) mercato al concreto ristoro del pregiudizio sofferto da ogni singolo consumatore o utente.

L'introduzione di meccanismi processuali di tutela collettiva era poi stata riproposta nel corso della XIV legislatura⁶². I disegni di legge unificati n. 3838 e 3839, approvati da parte della Camera dei deputati, si arenavano tuttavia al Senato nel disegno di legge n. 3058. Durante la XV legislatura, dopo un *iter* parlamentare alquanto contrastato⁶³, attraverso un emendamento governativo presentato in sede di approvazione della legge

⁵⁹ Il riferimento è al d.d.l. n. S/2155 (Cioni e altri). Il documento è reperibile *on line* all'indirizzo http://www.senato.it/leg/13/BGT/Schede/Ddliter/testi/9020_testi.htm.

⁶⁰ In proposito, si veda A. Halfmeier, *Popularklagen im Privatrecht. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Verbandsklage*, Tübingen, 2006, passim. Per una disamina in lingua italiana delle ipotesi legislative di *Verbandsklage*, si veda Caponi, *Modelli europei*, cit., 158 s.; cfr., anche Camilleri, *Contratti a valle*, cit., 304 s. Più in generale, sui modelli di tutela collettiva, si veda M. Taruffo, *Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, in AA.VV., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, cit., 54 s.

⁶¹ Nel settore della tutela consumeristica, l'azione delle associazioni, esperibile contro il professionista nel caso di impiego, o di raccomandazione di impiego, nelle condizioni generali di contratto, di clausole vessatorie e nelle ipotesi di pratiche di mercato lesive degli interessi dei consumatori, è finalizzata esclusivamente ad ottenere l'ordine di astensione del convenuto dalla ripetizione della condotta illecita per il futuro.

⁶² Per l'analisi dei progetti presentati nel corso della XIV legislatura, si rinvia ad A. Carratta, *Dall'azione collettiva inibitoria a tutela dei consumatori e utenti all'azione collettiva risarcitoria: i nodi irrisolti delle proposte di legge in discussione*, in *Giur. it.*, 2005, 662 s.

⁶³ Per una panoramica sui disegni di legge presentati in Parlamento durante la XV legislatura, si rinvia ad AA.VV., *Le azioni collettive in Italia. Profili teorici ed aspetti applicativi*, che raccoglie gli Atti del Convegno svoltosi presso la Camera dei Deputati il 16 febbraio 2007; si veda altresì Carratta, *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in AA. VV., *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, cit., 222.

finanziaria per il 2008 (L. 24 dicembre 2007, n. 244), veniva infine introdotto il nuovo art. 140-*bis* nel corpo del codice del consumo. La disposizione, rubricata «*Azione collettiva risarcitoria*», ha però sollevato non pochi problemi interpretativi nei numerosi interventi dottrinali che l'hanno interessata⁶⁴, e non è mai entrata in vigore nella sua originaria formulazione⁶⁵. Con L. n. 99 del 23 luglio 2009, infatti, il suo testo è stato in gran parte riformulato e la sua definitiva entrata in vigore fissata al 1° Gennaio 2010.

Ora, ancorché la nuova rubrica dell'articolo in commento sia intitolata significativamente «*Azione di classe*», dall'analisi del suo contenuto non è dato rinvenire una corrispondenza perfetta con il modello della *class action* nordamericana. Né pare che la si possa assimilare ad alcuno dei congegni stranieri precedentemente presi in considerazione. Per di più, come si è già anticipato in premessa, lo strumento dell'azione di classe suscita numerose riserve sia sotto il profilo della sua compatibilità con i principi che reggono il nostro apparato di tutela dei diritti, sia soprattutto con lo scopo cui il processo civile è votato, e cioè l'effettività della tutela giurisdizionale.

Come si è già rilevato in apertura di questo lavoro, il 1° comma della nuova disposizione individua i soggetti cui spetta la legittimazione alla proposizione dell'azione, specificando si tratti di «*ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa*». Nel riconoscimento di una legittimazione attiva più ampia rispetto alla precedente versione, che invece limitava l'esperibilità del rimedio ai soggetti di cui al c. 1 dell'art. 139 cod. cons. o ad associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi di interessi collettivi, si rinviene la prima

⁶⁴ Al riguardo, si vedano Camilleri, *Contratti a valle*, cit., 297 s.; Consolo, Bona, Buzzelli, *Obiettivo class action*, cit., 61 s.; P.F. Giuggioli, *La nuova azione collettiva risarcitoria: la c.d. class action all'italiana*, Padova, 2008; Id., *L'azione collettiva risarcitoria: una prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2008, 678; Giussani, *Azioni collettive*, cit.; A.D. De Santis, *L'azione risarcitoria collettiva*, in AA.VV., «*Class action*» e tutela collettiva dei consumatori, a cura di G. Chinè – G. Miccolis, Roma, 2008, 124 s.; G. Ruffini, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140-bis del codice di consumo*, in AA. VV., *Studi in onore di C. Punzi*, Torino, 2008, 1; G. Alpa, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune osservazioni di diritto sostanziale*, in *Contratti*, 2008, 545; Consolo, *È legge*, cit., 5 s.; Costantino, *La tutela collettiva risarcitoria*, cit., 17; Menchini, *La nuova azione collettiva*, cit.; M. Bove, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze europee più mature*, in *Guida dir.*, 2008, 11 s.; A. Briguglio, *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, il documento è accessibile *on line* su sito <http://www.judicium.it>; Caponi, *Liticonsorzio «aggregato»*, cit., 819; A. Palmieri, *Azione collettiva risarcitoria. Campo di applicazione, legittimazione ad agire e vaglio di ammissibilità*, in *Foro it.*, Parte V, 2008, 190; V. Vigoriti, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contr. e impresa*, 2008, 729 s.

⁶⁵ V. *supra* nota n. 5.

novità di rilievo introdotta dal nuovo art. 140-*bis*.

Dalla formulazione del testo, risulta evidente la scelta per una soluzione vicina al modello della *class action*, per lo meno limitatamente alla parte in cui si riconosce legittimazione ad agire a ciascun appartenente alla classe. Va anche aggiunto, però, che la contestuale previsione della possibilità di esperire il rimedio per mezzo di enti cui viene conferita la rappresentanza processuale, da una parte, segna il distacco dal modello di riferimento e, dall'altra, mette il diritto di azione di ciascun consumatore o utente al riparo dall'ingerenza – altrimenti difficilmente controllabile – di avvocati che nell'azione di classe vedono prima di tutto un'opportunità imprenditoriale.

Come si legge, l'azione può essere promossa anche mediante associazioni cui consumatori e utenti conferiscano mandato o comitati cui essi partecipino. Con riferimento al caso in cui il giudizio sull'azione di classe venga promosso dalle associazioni, autorevole dottrina ha sostenuto che ricorra l'ipotesi di una «*rappresentanza legale sui generis*», dal momento che non sussisterebbe una carenza assoluta di capacità processuale nei soggetti rappresentati, ma solo relativa, cioè limitata all'attivazione del particolare rimedio processuale di classe⁶⁶. Il punto merita tuttavia qualche breve considerazione.

Se si tiene presente che nell'ipotesi in commento i soggetti rappresentati non divengono parti formali del processo attivato, senza dubbio dovrà escludersi la ricorrenza di una rappresentanza volontaria tecnicamente intesa⁶⁷. Tuttavia, contrariamente a quanto ritenuto dalla dottrina menzionata – vale a dire che l'azione di classe in Italia sia accessibile «*per il solo tramite di enti che agiscono in veste di rappresentanti della moltitudine dei consumatori/utenti danneggiati*» – emerge chiaramente dalla lettera del c. 1 dell'art. 140-*bis* che la legittimazione all'esercizio del rimedio spetta in primo

⁶⁶ Il riferimento è a Consolo, *Come cambia*, cit., 1300.

⁶⁷ Così C. Consolo, *Tutela giurisdizionale dei crediti per «adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, cit., 409, il quale, riferendosi esplicitamente a quanti aderiscono all'azione collettiva – ma lo stesso pare possa dirsi anche per coloro che, in base alla nuova disposizione, conferiscono mandato all'associazione per l'esercizio dell'azione di classe – afferma che «*l'adesione prestata uti singuli all'azione collettiva si rivolge solo all'associazione (o comitato) e neppure, per traslato, è indirizzata all'avvocato dell'associazione promotrice, [...] e non fa quindi sorgere in capo al singolo aderente quei poteri di verifica e controllo sulla gestione della causa che un normale mandato ad litem invece comporta*». Analogamente, Id., *L'art. 140 bis: nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualcivilisticamente, un po' «Opera aperta»*, in Foro it., Parte V, 2008, 205.

luogo proprio agli stessi danneggiati⁶⁸. Circostanza, questa, che appare perfettamente ragionevole in un'ottica di effettività della tutela giurisdizionale, dal momento che si riconosce il diritto di esercitare l'azione di classe proprio ai soggetti che sono titolari delle situazioni giuridiche oggetto della stessa tutela, con evidente richiamo del modello della *class action*. Né, d'altro canto, può negarsi che, una volta proposta l'azione mediante associazioni cui è conferito il potere di rappresentanza, l'effetto sostanziale che l'instaurazione del giudizio determina è proprio quello della litispendenza dei diritti facenti capo ai singoli danneggiati. E, si aggiunga infine, stando alla lettera del comma 12 dell'art. 140-*bis*, nel caso di accoglimento dell'azione di classe il tribunale pronuncia una sentenza di condanna specifica.

Ora, benché si ritenga che solo in un numero limitato di casi il congegno dell'azione di classe sia effettivamente in grado di garantire il completo ristoro delle perdite subite da ciascuno dei soggetti danneggiati, quanto da ultimo detto dimostra che ove il diritto di accesso all'azione sia esercitato attraverso la rappresentanza di associazioni, i singoli danneggiati non restano di certo estranei al processo. D'altro canto, l'intenzione del legislatore di fine 2009 sembra sia stata quella di predisporre un rimedio che consenta di realizzare una tutela particolare, e che risulti in concreto uno strumento alternativo al tradizionale sistema di tutela individuale dei diritti. Obiettivo, questo, che risulterebbe impossibile da realizzare ove si ritenesse di dovere negare l'esercizio dell'azione di classe proprio a consumatori e utenti danneggiati.

Peraltro, limitare il diritto di accesso al rimedio, subordinandolo alla necessaria rappresentanza di enti precostituiti, non può essere giustificato nemmeno con il riferimento ad esigenze di economia processuale. Infatti, come correttamente è stato osservato, «*l'economia dei giudizi non è un valore costituzionalmente garantito che possa «farsi valere a scapito dei diritti fondamentali»⁶⁹, tra i quali va senz'altro annoverato quello di azione di cui all'art. 24, comma 1, Cost.»⁷⁰.*

⁶⁸ In tal senso, F. Valerini, *La "class action" all'italiana e i ragionevoli dubbi sull'effettiva tutela dei diritti che ne potrà derivare*, in *Dir. e Giust.* 17-07-2009. Giova anche segnalare che, prima della riforma, auspicava una soluzione dello stesso tipo Carratta, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., 227.

⁶⁹ Così, è stato ripetutamente evidenziato dai giudici costituzionali. Si vedano, al riguardo, Corte Cost. 22-03-1971, n. 55, in *Foro it.*, Parte I, 1971, 824; Corte Cost. 23-05-1997, n. 146, in *Cass. Pen.*, 1997, 2662 s.; cfr., altresì, Corte Cost., ord. 5 Febbraio 1999, n. 18, in *Giur. cost.*, 1999, 152 s.

⁷⁰ Così Carratta, op. cit., 228.

Ebbene, se si tiene conto di quanto detto, con riguardo all'ipotesi in cui sia l'associazione ad esperire l'azione di classe, non tanto di rappresentanza legale – ancorché “*sui generis*” – dovrà parlarsi, dal momento che non sussiste alcuna carenza di capacità processuale nei singoli danneggiati riguardo all'esercizio del particolare rimedio. Piuttosto, potrebbe forse ipotizzarsi che ricorra qui una figura speciale e, in certo senso, ibrida di rappresentanza, in parte legale, ragionando *a contrario* dalla circostanza che i soggetti rappresentati non divengono parti formali del processo, e in parte volontaria, dovendosi riconoscere che fonte del potere di rappresentanza di cui l'associazione è investita è comunque la volontà dei soggetti rappresentati; e che tali soggetti devono essere necessariamente capaci di agire, se è fatto comunque salvo il loro diritto di azione individuale in alternativa all'esercizio dell'azione di classe.

Il 2° comma dell'art. 140-*bis* individua invece l'ambito di applicazione della nuova azione di classe e introduce una modifica di sicuro rilievo rispetto alla precedente versione dello stesso articolo, dal momento che elimina i richiami all'interesse collettivo che avevano suscitato in dottrina divergenze in ordine alla definizione del danno risarcibile all'esito del giudizio⁷¹.

Come già anticipato, l'ambito di applicazione del rimedio riguarda i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti. In particolare, «*l'azione tutela: a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali*»⁷². Dalla lettera della norma, risulta evidente la scelta di restringere l'ambito di applicazione dell'azione di classe a situazioni specificamente determinate, facenti capo ai soli consumatori e utenti. Ma non è tutto.

Per quel che qui interessa, vanno infatti segnalate la scomparsa del riferimento ai danni subiti in conseguenza di «*atti illeciti extracontrattuali*», contenuto nella precedente versione della norma, e la limitazione dei casi in cui l'azione di classe può essere esperita per il risarcimento dei danni

⁷¹ Per un'analisi più dettagliata sulla questione si rinvia ampiamente a G. Villa, *Il danno risarcibile nell'azione collettiva*, in *Danno e resp.*, 2009, 11 s.

⁷² Art. 140-*bis*, c. 2, cod. cons. Per quanto riguarda le situazioni giuridiche tutelate dalla norma che, nel prosieguo del testo, non costituiscono oggetto di alcuna riflessione si rinvia alle considerazioni espresse da Camilleri, *Contratti a valle*, cit., 301 s.

derivanti da illeciti aquiliani plurioffensivi alla sola ipotesi del danno da prodotti. Così, malgrado un rinvio alla responsabilità del produttore quale potenziale fonte di un danno extracontrattuale diffuso, dall'analisi delle fattispecie tutelabili si coglie in definitiva una chiara pertinenza del rimedio allo schema della responsabilità contrattuale, con la conseguenza che resta aperta la questione relativa alla predisposizione di meccanismi *ad hoc*, che consentano la gestione processuale aggregata del contenzioso derivante dalle ipotesi di *mass tort* qui non regolate⁷³.

Basterebbe già l'evidenza di una soluzione particolarmente restrittiva come quella appena rilevata per rimarcare un netto distinguo tra l'azione di classe e la *class action* propriamente intesa, la quale viene viceversa impiegata per qualsiasi genere di contenzioso di massa.

Va aggiunto, però, che è la disciplina del meccanismo dell'adesione⁷⁴ a segnare ulteriormente la distanza dal modello nordamericano. Da intendersi quale «modalità di determinazione della classe»⁷⁵, l'adesione è infatti ammessa in Italia nella forma del c.d. *opt-in*. Una volta esercitata l'azione di classe, i consumatori e utenti che intendano avvalersi della stessa tutela possono

⁷³ Sull'esigenza di dotare il nostro ordinamento di congegni processuali idonei far fronte in modo adeguato alla questione della tutelabilità di formazioni sociali diverse da consumatori e utenti, si veda P. Fava, *L'importabilità delle class actions in Italia*, in *Contr. e Imp.*, 2004, 166, 173 e 217, il quale auspicava «un intervento di riforma di più ampio respiro che, non limitato ad operare esclusivamente all'interno della politica dei consumatori, garantisca l'accesso alla giustizia per tutte le pretese potenzialmente azionabili in forma rappresentativa», nella convinzione che «le azioni rappresentative possano costituire uno strumento costituzionalmente necessario» per una moderna attuazione del diritto di accesso alla giustizia. Analogamente, M. Taruffo, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 530.

⁷⁴ In argomento, si rinvia ampiamente a Consolo, *Tutela giurisdizionale*, cit., 393 s.; Carratta, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., 232 s.

⁷⁵ Così Carratta, op. cit., 234. Senonché, ove si prescindia da una definizione dell'adesione che tenga conto esclusivamente dall'utilità pratica che essa assolve, resta aperta la questione circa il suo significato. Su questo specifico punto, estremamente interessanti ed incisivi sembrano i suggerimenti di Consolo, *Tutela giurisdizionale*, cit., 406 s., il quale, intanto, ritiene infruttuoso qualsiasi tentativo di ricondurre l'adesione a schemi noti del diritto processuale, dal momento che la figura in commento «si caratterizza proprio per il fatto che non dà luogo ad alcuna forma di intervento nel processo, ad alcuna autentica forma di atto processuale di parte, tanto meno riconducibile effettivamente alla domanda giudiziale, né ad alcuna assunzione di un ruolo da parte formale». Trattasi piuttosto di una «figura del tutto nuova per la dogmatica processualistica – non solo per la nostra, ma anche per quella di matrice tedesca e financo dal punto di osservazione comparatistico – [...]». Figura, questa, alla quale l'Autore attribuisce il significato di «manifestazione di volontà di inclusione nel "gruppo" (che l'attore collettivo attecnicamente "rappresenta" in giudizio) e, ancor più specificamente, quello di «richiesta all'attore di sostituirsi a sé ma – [...] – non per tutelare seppur indirettamente alcuna situazione sostanziale propria del sostituto».

farlo mediante espressa manifestazione della propria volontà di aderire, entro il termine perentorio di 120 giorni dalla scadenza di quello fissato per l'esecuzione della pubblicità⁷⁶, che è disposta dal tribunale con l'ordinanza di ammissione dell'azione di classe.

Nell'ambito della *class action* nordamericana, trova invece applicazione l'opposto meccanismo dell'*opt-out*⁷⁷, in base al quale l'azione viene formalmente esperita dall'organo di rappresentanza della classe (*class representative*), ma i suoi componenti possono pur sempre esercitare la facoltà di dissociazione se ne ricorrono i presupposti. Qualora invece rimangano inerti, essi verranno chiaramente assoggettati agli effetti del giudicato sulla *class action*.

Pur non essendo questa la sede per affrontare le questioni di natura comparativa inerenti il tema dell'alternativa tra tali opposti congegni⁷⁸, sembra opportuno ricordare le ragioni della scelta compiuta dal nostro legislatore in favore dell'*opt-in*. A questo riguardo, ragionando *a contrario*, sono stati evidenziati problemi di compatibilità della tecnica del recesso (*opt-out right*) rispetto al nostro apparato di tutela dei diritti. Ostacoli sono stati rinvenuti già a livello della Carta Costituzionale, e in particolare nell'art. 24, che sancisce l'irrinunciabilità del diritto di azione per la tutela di diritti e interessi legittimi, e con il quale si è ritenuto incompatibile qualunque meccanismo che imponga a chi non desideri essere coinvolto in un giudizio l'onere di autoescludersi⁷⁹. Tuttavia, la dottrina più attenta, coerentemente con le indicazioni provenienti dall'applicazione pratica del diritto di recesso

⁷⁶ L'attività di promozione dell'azione costituisce secondo Valerini, *La "class action" all'italiana*, cit., «condizione di procedibilità» dell'azione stessa. Ne suggerisce una ricostruzione in termini di offerta al pubblico, Consolo, *Tutela giurisdizionale*, cit., 411, Id., *Come cambia*, cit., 1300 n. 8. Trattasi, comunque, secondo l'A., di un'offerta rivolta ad un pubblico limitato, cioè quello dei consumatori/utenti titolari di pretese risarcitorie omogenee nei confronti del soggetto convenuto in giudizio. Sotto il profilo sostanziale, l'adesione assume quindi i tratti dell'accettazione di un offerta al pubblico, a mezzo della quale si perfezionerebbe «un contratto privatistico atipico, non lontano dal mandato, ad effetti (anche) processuali ma solo indiretti».

⁷⁷ Al riguardo, si veda Consolo, Bona, Buzzelli, op. cit., 13 s.

⁷⁸ In proposito, si rinvia a Giussani, *Azioni collettive*, cit., 78 s.; Id., *Modelli extraeuropei di tutela collettiva risarcitoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1260-61; Consolo, *Tutela giurisdizionale*, cit., 398 s. In tal senso, si vedano, altresì, Menchini, *Azioni seriali*, cit., e, più in generale, AA.VV., *Le azioni seriali*, a cura di S. Menchini, Napoli, 2008, passim.

⁷⁹ Così, Rescigno, *Sulla compatibilità*, cit., 2228, secondo cui «più di un principio di base dell'ordinamento processuale italiano si oppone all'introduzione delle azioni di classe (secondo il modello nordamericano); in particolare l'art. 24 della Costituzione rende irrinunciabile il diritto di agire in giudizio del singolo cittadino per la tutela dei propri diritti».

nelle azioni collettive nordamericane⁸⁰, ha osservato che non si prospetta alcuna sostanziale violazione dell'art. 24 Cost. rispetto alla tecnica dell'*opt-out*, dal momento che la norma riconosce effettivamente il diritto di ciascuno di agire per la tutela delle proprie posizioni giuridiche soggettive, se pregiudicate, ma non impedisce di prevedere che possa accedere alla stessa tutela anche a chi non lo abbia chiesto esplicitamente⁸¹.

Corroborata una simile lettura l'ipotesi, formulata da altra dottrina, secondo cui le ragioni della scelta per la tecnica dell'*opt-in* sarebbero da rinvenire piuttosto nel timore del legislatore che un'azione di classe «*a petitum (in partenza) pieno*» potesse comportare difficoltà di gestione soprattutto per le associazioni consumeristiche chiamate ad esperirla⁸².

Altri dubbi, tuttavia, sono stati sollevati sulla questione dell'importabilità della tecnica dell'*opt-out* nell'ambito del modello italiano dell'azione di classe. In particolare, ostacoli al riguardo sono stati rinvenuti negli artt. 111, c. 1 e 2, Cost., e 2909 c.c. Dalla lettura congiunta delle due disposizioni, emerge che ogni sentenza, per potere spiegare la propria efficacia di cosa giudicata, debba essere pronunciata all'esito di un processo di cui siano *parti* i soggetti che della stessa sentenza subiranno gli effetti. A questo schema è apparsa difficilmente accostabile (se non addirittura irriducibile) la combinazione tra la tecnica dell'*opt-out* e l'estensione degli effetti della sentenza a tutti i componenti della classe. Circostanza, quest'ultima, certamente caratteristica del rimedio della *class action* nordamericana, ma che il legislatore italiano ha (pure) recepito, inserendola nel comma 14 dell'art. 140-bis, laddove è previsto che «*la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti*».

Orbene, riassumendo quanto accade nell'ambito della *class action* nordamericana, si può dire che la determinazione del gruppo al quale l'azione si riferisce avviene attraverso la tecnica del'*opt-out* e a subire gli effetti vincolanti della sentenza – che coinvolgono l'intera classe – sono anche i componenti passivi della stessa, ossia coloro che, pur appartenendo alla classe, non abbiano partecipato all'azione né abbiano manifestato il loro dissenso.

⁸⁰ Sottolinea la scarsissima incidenza dell'esercizio del diritto di recesso nelle *damages class actions* statunitensi Giussani, *Azioni collettive*, cit., 78 e, soprattutto, n. 13.

⁸¹ Di questo avviso, Giussani, op. cit., 78, il quale, utilizzando la nota metafora dell'autobus della giustizia, rappresentato dall'azione collettiva, osserva che «*l'art. 24 Cost. impone che si permetta sempre di scendere dal mezzo – come anche di non salirvi – ma non impedisce affatto di prevedere che debba poter salire anche chi non lo abbia chiesto esplicitamente*»; Id., *Modelli extraeuropei*, cit., 1260-61.

⁸² Così, Consolo, *Tutela giurisdizionale*, cit., 400.

Dal che risulta evidente la problematica della riduzione del modello americano a quello nostrano. Qui, infatti, qualora mancasse l'espressa previsione della necessità di una manifestazione di volontà per l'adesione all'azione di classe, l'estensione del giudicato agli aderenti, contemplata dal comma 14 dell'art. 140-*bis*, non potrebbe in alcun modo giustificarsi, stante l'ostacolo rappresentato dal combinato disposto degli artt. 111, c. 1 e 2, Cost. e 2909 c.c. Ed è alla luce di questo ragionamento che l'impiego della tecnica dell'*opt-in* appare preferibile, sebbene ancora non si comprenda come possa l'estensione del giudicato operare con riguardo agli aderenti che, stando a quanto ribadito da recente giurisprudenza pronunciata in materia⁸³, non assumono comunque la qualità di parte processuale nel giudizio collettivo.

Passando a questo punto ad una breve disamina delle modalità di svolgimento dell'azione di classe, va detto anzitutto che il rimedio viene promosso mediante un atto di citazione, proposto presso il Tribunale del luogo ove abbia sede l'impresa convenuta. Alla prima udienza, il Tribunale decide sull'ammissibilità della domanda mediante un provvedimento «*a cognizione sommaria, provvisoria e ad efficacia meramente endoprocessuale*»⁸⁴. Qualora il Tribunale ritenga la domanda inammissibile, con l'ordinanza regola le spese e dispone l'esecuzione della relativa pubblicità, che è posta a carico di parte soccombente. Laddove, invece, ritenga la domanda ammissibile, il Tribunale fissa i termini e le modalità della pubblicità circa i contenuti dell'azione, «*definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione*», e stabilisce il termine perentorio entro il quale gli atti di adesione devono essere depositati in cancelleria.

Decorso questo termine, si accede alla fase di trattazione del processo, la cui articolazione interna è strutturata in base alle determinazioni del

⁸³ □ Il riferimento è a Trib. Torino ord. 27 maggio 2010, ove esplicitamente si afferma che «*coloro che aderiscono all'azione ai sensi del comma 3 ne subiscono gli effetti, ma non assumono la qualità di parte essendo privi di poteri di impulso processuale e della possibilità di impugnare la decisione, che fa comunque stato nei loro confronti*». Su questo profilo, suggerisce una diversa lettura A. Giussani, *Il nuovo art 140 bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 598 s.

⁸⁴ Nel senso descritto, in ragione della forma del provvedimento (ordinanza) e del rimedio esperibile contro di esso (reclamo alla Corte d'Appello), Carratta, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., 231; per la medesima conclusione, si veda Menchini, *La nuova azione collettiva*, cit.; nel senso della natura decisoria e definitiva dell'ordinanza, Costantino, *La tutela collettiva risarcitoria*, cit., 4. Più in generale, sul giudizio di ammissibilità, si veda G. Olivieri, *La «class action» in Italia. La valutazione di ammissibilità. Gli effetti della sentenza e del giudicato. La camera di conciliazione*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, cit., 825 s.

Tribunale, contenute nell'ordinanza ammissiva. All'esito dell'istruttoria, il Tribunale decide, nel merito, se accogliere o respingere la domanda, e nel primo caso, pronuncia una sentenza di condanna «*con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme*».

6. Una volta tratteggiata quella che appare, a grandi linee, la fisionomia essenziale dei *mass torts*, risulta evidente come il fenomeno sia in realtà paradigmatico della problematica convergenza tra rimedio sostanziale e suo impiego ad ampio spettro, cioè diretto a conseguire risultati per l'appunto sistemici. Il che accade tutte le volte in cui della responsabilità civile si voglia fare il "contraltare rimediale" di fatti illeciti che coinvolgono un numero molto elevato di soggetti danneggiati.

Così è, ad esempio, nel caso di alterazioni dell'assetto complessivo del mercato in conseguenza di pratiche anticompetitive. Ambito, questo, rispetto al quale si è riscontrata soprattutto a livello sovranazionale una crescente attenzione, orientata nel senso di favorire l'introduzione di forme di tutela collettiva risarcitoria.

In tal senso, già il Libro Verde sulle *Azioni di risarcimento del danno per violazione della disciplina antitrust*⁸⁵ (2005) prospettava la possibilità di attivare a livello comunitario un sistema di *collective redress* che consentisse di facilitare l'accesso alla giustizia nei casi di violazione della normativa *antitrust*. A tale scopo, constatata l'inadeguatezza dei tradizionali strumenti di tutela risarcitoria, la Commissione Europea sollecitava, quale possibile linea di intervento, la predisposizione di azioni collettive attivabili mediante soggetti qualificati.

Più di recente, il Libro Bianco in materia di *Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*⁸⁶ (2008) ha auspicato l'introduzione di meccanismi di ricorso collettivo, allo scopo di incentivare l'accesso alla giustizia soprattutto per i cosiddetti *small claims*, rispetto ai quali la ricorrente sproporzione tra l'ammontare dei singoli danni risarcibili e i costi di attivazione dei giudizi individuali dissuade i consumatori dall'agire in giudizio per chiedere il ristoro dei danni subiti.

Tali recenti sviluppi, intervenuti a livello europeo nell'ambito del processo di modernizzazione del sistema di *antitrust enforcement*, consentono

⁸⁵ Cfr., Libro Verde - Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 19 Dicembre 2005, COM (2005) 672 ss.

⁸⁶ Cfr., Libro Bianco della Commissione Europea in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, Bruxelles, 04 Aprile 2008, COM (2008) 165

di cogliere il segno della convergenza cui poc'anzi si è fatto riferimento. Evidente è cioè l'intersecarsi tra piano sostanziale e piano processuale del rimedio aquiliano in relazione a tutte quelle fattispecie – sempre più frequenti specie in relazione allo svolgimento di attività economiche – in cui il danno, per le stesse modalità del suo prodursi, assume una fisionomia “allargata”.

La convergenza si rivela, tuttavia, problematica poiché poggia su un presupposto incerto: la versatilità del rimedio civilistico della responsabilità civile alla tutela primaria di interessi meta-individuali, ossia, la capacità del congegno aquiliano di preservare l'aggregazione di molteplici di posizioni individuali, pur rimanendo formalmente uguale a se stesso.

Esito che, invero, non risulta del tutto estraneo al funzionamento del paradigma aquiliano; basti considerare il caso della responsabilità del produttore. Qui, però, la ricaduta sistemica di cui si discute può considerarsi quale effetto secondario dell'impiego del congegno aquiliano, dato che il rimedio resta in prima istanza pur sempre calibrato su conflitti particolari.

Così non è per i *mass torts*, in cui la gestione *multi-party* delle controversie risarcitorie diventa necessaria, una volta che già sul fronte eziologico si manifesta come indefettibile la dimensione aggregata delle situazioni lese.

Proprio in considerazione della necessità di apprestare una tutela che presenti la dimensione collettiva del torto, il rimedio sostanziale è dunque costretto a vestire i panni dell'*aggregate litigation*. Ciò basta, però, a fare della responsabilità civile uno strumento volto più a determinare un risultato sistemico, che a tutelare le situazioni soggettive concretamente lese.

Detto altrimenti, la torsione – apparentemente solo processuale – che il rimedio aquiliano deve conoscere per consentire la sommatoria di molteplici iniziative individuali nel medesimo giudizio risarcitorio mostra di oltrepassare il “punto di rottura” del rimedio stesso allorché imponga di deflettere da quei caratteri tipologici che alla stessa tutela aquiliana appartengono, e prima di tutto proprio la funzione compensativa.