UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Corso Di Dottorato in Pluralismi Giuridici
Prospettive Antiche e attuali

Le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori

DOTTORE
Lorenzo Giacalone

COORDINATORE
Chiar.mo Prof. Vincenzo Militello

TUTOR
Chiar.mo Prof. Luca Nivarra

CICLO XXXVIII

Anno Accademico 2025-2026

INDICE.

INTRODUZIONE. 4

CAPITOLO I: LE FUNZIONI DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE COLLETTIVA.

1 Le funzioni della tutela giurisdizionale collettiva. 6

2 I rimedi collettivi a livello europeo. 14

3 La legislazione italiana precedente alla riforma *ex lege* n. 31/2019. 23

3.1 I punti oscuri: l'aderente, l'omogeneità dei diritti, il giudicato. 42

3.2 La tutela inibitoria. 55

CAPITOLO II: LA DIRETTIVA UE 1828/2020.

1 Scopo e ambito di applicazione. 63

2 La legittimazione ad agire. 73

3 I rimedi esperibili. 80

4 Il ruolo dell'aderente. 89

5 Il valore probatorio di una decisone definitiva. 90

6 L'esibizione probatoria. 92

7 Transazioni, prescrizione, spese processuali, sanzioni. 95

8 Riflessioni critiche e in prospettiva. 99

CAPITOLO III: IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA IN ITALIA ED IL COORDINAMENTO CON LA DISCIPLINA DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE.

1 Il decreto di recepimento. 129

1.1 Legittimazione ad agire. 133

1.2 Fase introduttiva e giudizio di ammissibilità. 139

1.3 Provvedimenti inibitori e compensativi. 151

1.4 Accordi di natura transattiva. 155

1.5 Trasparenza e misure di coercizione indiretta. 158

1.6 Prescrizione e spese processuali. 161

2 Il coordinamento tra azioni rappresentative e azioni di classi. 163
3 I nodi irrisolti. 167
3.1 La omogeneità dei diritti. 176
3.2 Il sistema di adesione e l'aderente. 179
3.3 La sentenza di accoglimento e l'accertamento dei diritti dei singoli aderenti. 195
3.4 L'ordine di esibizione delle prove. 207
3.5 Le decisioni definitive delle *Authorities*. 220
3.6 Gli accordi di natura transattiva. 224
3.7 L'azione inibitoria collettiva *ex* art. 840-sexiesdecies. 228

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE. 230

BIBLIOGRAFIA. 240

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si propone di analizzare contenuto e struttura della Direttiva UE n. 1828 del 25/11/2020 sulle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e del testo di recepimento a livello nazionale.

Lo scopo di tale atto normativo, come emerge dai Considerando numeri 1 e 2, è quello di imbastire una efficiente tutela a favore dei consumatori nelle ipotesi di pratiche illecite adottate dai professionisti. Queste ultime, oltre ad essere lesive di interessi individuali, hanno un impatto distorsivo sul mercato interno, ostacolando di conseguenza il suo corretto funzionamento.

Il presente lavoro mira ad evidenziare le lacune e le criticità della Direttiva in esame. La protezione dei consumatori mediante le *class actions* viene, difatti, limitata ai settori dell'energia, dei servizi finanziari, del trattamento dei dati personali, del turismo, delle comunicazioni e, più in generale, del commercio, senza ricomprenderne, però, altri in cui gli illeciti plurioffensivi si manifestano in tutta la loro potenza (si pensi agli illeciti antitrust e a quelli ambientali). Lacuna, questa, che pare deprecabile sia per una ragione di tipo storico, dal momento che l'atto normativo in parola riprende, giuridicamente e, ancor prima, terminologicamente, molti concetti e schemi contenuti nella Direttiva UE n. 104/2014, inerente alle azioni risarcitorie per violazione del diritto della concorrenza, sia per una ragione sistematica, considerati gli scopi pro-concorrenziali che la Direttiva del 2020 si propone e che, più in generale, consentono di perseguire le azioni collettive.

Pertanto, dopo una breve esposizione delle funzioni della tutela collettiva, si analizzerà il quadro normativo europeo antecedente alla adozione della Direttiva del 2020, evidenziandone i limiti e gli antagonismi verso il modello statunitense dell'istituto.

Successivamente, ci si propone di vagliare il contenuto dell'atto normativo in esame, con particolare riferimento agli istituti di maggiore innovatività e a quelli che contraddistinti da criticità.

Il presente lavoro analizzerà, poi, il recepimento in Italia della Direttiva del 2020 e le prospettive di coordinamento sistematico dello stesso con la disciplina generale dei procedimenti collettivi inserita in seno al codice di procedura civile dalla legge n. 31 del

2019. In particolare, rimarcando gli aspetti problematici della disciplina codicistica, con riferimento alle forme procedurali e al sistema adesivo, ci si propone di prospettare soluzioni differenti, e maggiormente effettive, in termini di tutela giurisdizionale, e sul piano sostanziale e sul piano processuale.

Saranno quindi oggetto di disamina l'istituto del finanziamento della lite da parte di un terzo, il meccanismo di aggregazione di pretese giurisdizionali dell'opt-out, con correttivi atti preservare il diritto di difesa degli aderenti e della parte convenuta in giudizio.

CAPITOLO I: LE FUNZIONI DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE COLLETTIVA

Sommario

1 La tutela giurisdizionale collettiva. - 2 I rimedi collettivi a livello europeo: sviluppo e approdi. - 3 La disciplina italiana antecedente alla l. 31/2019. - 3.1 I punti oscuri: l'aderente, l'omogeneità dei diritti, il giudicato. - 3.2 La tutela inibitoria.

1 La tutela giurisdizionale collettiva.

Tradizionalmente, la *ratio* della tutela giurisdizionale collettiva viene ricondotta alla necessità di superare gli ostacoli, in particolare di carattere economico, che precludono la proposizione di pretese giuridiche di modico valore[1], prettamente di tipo risarcitorio o restitutorio, anche dette *small claims*.

La titolarità di queste ultime in genere fa capo a utenti e consumatori, ovverosia a soggetti disincentivati ad agire in giudizio non soltanto per i costi, le lungaggini e la fisiologica aleatorietà di un processo[2], ma anche a causa del fenomeno di asimmetria informativa, riscontrabile in molteplici rapporti giuridici, di carattere contrattuale e non, e particolarmente evidente nell'ambito di illeciti plurisoggettivi o di massa, quali sono, ad

[1] Sulla *ratio* della azione di classe A. Giussani, "*Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*" in "*Riv. Tri. Dir. Pro. Civ*.", 2019, p. 159.; G. Costantino, "*La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*" in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010, pagina 70, riconnette alla azione collettiva risarcitoria la capacità di far emergere domande di giustizia inespresse. P. Fava, "*L'importabilità della class action in Italia*" in "*Contratto e impresa*", 2004, pagina 174, evidenziava come l'azione di classe consentisse l'accesso alla giustizia degli *small claims*, così evitando che esistessero zone franche per fattispecie di responsabilità civile non perseguibili. R. Caponi, "*Litisconsorzio aggregato. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*" in "*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*", 2008, pagina 824, oltre a rimarcare le funzioni di economia processuale e deterrenza dell'azione di classe e dell'azione collettiva risarcitoria, sottolineava come suddetti istituti fossero in grado di dare una risposta giudiziale ad un determinato bisogno di tutela, riconnettibile a interessi isomorfi sul mercato, così assicurando l'effettività della tutela giurisdizionale.

[2] Oltre ai costi processuali di tipo ordinario, si deve poi considerare che le cosiddette parti abituali dei contenziosi, ovverosia coloro i quali sono adusi a fronteggiare ripetutamente pretese giudiziali analoghe, possono rendere, con apposite strategie processuali, ulteriormente irrazionale, dal punto di vista economico, incardinare azioni individuali. Con riferimento a questa evenienza, comportante ovviamente degli investimenti per le parti abituali dei processi, si veda A. Giussani, "*Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*", Il Mulino, Bologna, 2008, pagina 29. Sulla capacità delle parti abituali dei processi di investire somme di danaro nelle controversie, al fine di disincentivare iniziative simili si vedano anche M. De Cristofaro, "*L'azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali*" in "*Resp. Civ. e prev*"., 2010, pagina 1933, P. Lucantoni, "*Uno ruolo <trainante> per gli studi legali*?" in "*Analisi giuridica dell'economia*", 1/2008, pagina 84.

esempio, quelli antitrust[3]. La tutela collettiva, e, in particolare, l'azione di classe, [4] quale sua primaria e più importante concretizzazione, trova, dunque, il proprio terreno applicativo elettivo, nell'alveo di pratiche illecite capaci di ledere una pluralità di soggetti operanti sul mercato, perché ripetute ovvero reiterate nel tempo[5], ciò in considerazione della standardizzazione delle relazioni commerciali e contrattuali[6], rapide e potenzialmente pregiudizievoli per consumatori e utenti, posti in una posizione di strutturale debolezza.

Lo strumento che consente di riequilibrare, e presidiare efficacemente, la posizioni giuridiche dei soggetti deboli è la tutela in forma aggregata di interessi collettivi[7] o di pretese subiettive omogenee. Tale tipologia di tutela conosce poi diverse formulazioni ontologiche, che si differenziano per la legittimazione ad agire[8], la quale può essere riconosciuta ai singoli componenti di una classe di soggetti accomunati da pretese soggettive omogenee, ad enti rappresentativi di una categoria ovvero a entrambi, in modo concorrente. Le azioni di classe e quelle rappresentative consentono, dunque, di disvelare e far emergere *small claims*[9] e, quindi, di garantire un effettivo accesso alla tutela giurisdizionale, raccordando una pletora di diritti vantati da più soggetti nei confronti di

[3] Il tradizionale e ordinario strumento processuale dell'azione di matrice individuale non è adeguato a fronteggiare questa categoria di illeciti e i conseguenti *mass torts*, in questo senso B. Sirgiovanni, "*Anatocismo e tutela degli interessi individuali collettivi"* in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010, pagina 149. Con un istituto votato ad una dimensione plurisoggettiva, quale è la *class action*, possono quindi riunirsi in un'unica sede processuale più pretese soggettive omogenee, le quali troveranno (o dovrebbero trovare) contestuale e paritaria tutela. Più in generale, sulla necessità di adattamento della responsabilità civile, mediante adeguamenti e correttivi, ai conflitti allargati, cioè soggettivamente complessi, si veda C. Di Marzo, "*La via italiana della class action per danni extracontrattuali ed i principali modelli di tutela collettiva risarcitoria*" in "*Rivista di diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*", 2010, pagina 413-414.
[4]Nel proseguo, anche *class action*.
[5] L'illecito plurioffensivo, in particolare, può consistere in un'unica condotta capace di incidere in modo pregiudizievole su più sfere giuridiche ovvero in più pratiche avvinte da abitualità e reiterazione (caratteristiche, queste, che contraddistinguono, ad esempio, gli illeciti antitrust), da cui origina l'isomorfismo delle posizioni subiettive lese.
[6] Fenomeno esponenzialmente incrementato con la globalizzazione e la digitalizzazione dei mercati e, in generale, con il ricorso massivo all'utilizzo di internet.
[7] In questi termini, G. Scarchillo, "*Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*", Giappichelli, Torino, 2019, p. 3; P. Mezzanotte, "*Class action e Costituzione: dimensione metaindividuale dei diritti e ruolo della giurisdizione*" in "*Nomos*", 1/2022, p. 8.
Sugli interessi collettivi, da intendersi non come sommatoria di interessi individuali, bensì come interessi di più individui, costituenti quindi un gruppo o una categoria, verso un unico bene ovvero come una posizione giuridica soggettiva condivisa da una pluralità di soggetti, A.D. De Santis, "*La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e alle tecniche inibitorie e risarcitorie*", Napoli, Jovene editore, 2013, pp. 163-178.
[8] Per la verità, come di vedrà *infra*, ulteriore, importante, differenziazione, attiene altresì all'oggetto del giudizio.
[9] A. Giussani, "*Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*", Il Mulino, Bologna, 2008, pagina 110, parla di azioni olistiche, per tali intendendo quelle iniziative collettive il cui valore sarebbe negativo in sede individuale, e, conseguentemente, tale da non incentivare a coltivare le pretese in giudizio. Pertanto, attraverso le azioni collettive il grado qualitativo di queste pretese ed il livello della loro tutelabilità risultano più elevati.

un medesimo destinatario e nel contesto di rapporti giuridici analoghi o isomorfi.

Il polo passivo di suddette pretese omogenee, inibitorie o risarcitorie, è una impresa o un gruppo di imprese, il cui strapotere può essere arginato in concreto soltanto mediante il ricorso ad una forma di tutela associata e/o aggregata[10]. Con riferimento a quest'ultimo profilo, preme evidenziare come la azione di classe possa atteggiarsi tanto a modello di tutela giurisdizionale quanto a strumento o tecnica processuale. Se da un lato, a livello normativo e su un piano storico, si rinvengono indizi sulla qualificabilità della *class action* quale peculiare e differenziata forma di tutela giurisdizionale[11], d'altra parte, alla luce della entrata in vigore della legge n. 31/2019, inerente ai procedimenti collettivi[12], e alla generalizzazione applicativa conseguitane, appare oggi più consono e verosimile definire l'istituto in parola come un meccanismo procedurale di agglutinamento di pretese giudiziali omogenee, alla stregua del processo litisconsortile.

L'essenza dell'azione di classe è quindi materialmente affine a un processo con cause connesse, *ex* art. 103 c.p.c. comma 1, per titolo[13]. E proprio quest'ultima caratteristica consente di evidenziare le funzioni prettamente pragmatiche della *class action*, di economia processuale, certezza del diritto e deterrenza[14]. Con riferimento al primo

---

[10] In tal senso M. Lorenzotti, "*Azione di classe e diritti individuali omogenei: opportunità o limite*?", in "Contratto e impresa" 2/2022, p. 686.

[11] In questi termini, F. Auletta, "*L'azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti*", in "*NLCC*", 6/2022, p. 1671-1672. L'Autore richiama disposizioni normative da cui traluce la ascrivibilità delle aggregazioni soggettive in seno ad un processo al piano di un modello di tutela giurisdizionale. Nello specifico, il riferimento è agli artt. 1485 c.c., sull'onere del compratore convenuto in giudizio di chiamare in causa il venditore, 1586 c.c., relativamente alla assunzione della lite da parte del locatore, su chiamata del conduttore, per molestie di terzi, 1777 c.c., che consente al depositario convenuto in giudizio di essere estromesso indicando la persona depositante.

[12] Formulazione, questa, probabilmente utilizzata dal legislatore per ricondurre ad unità l'azione di classe (di tipo risarcitorio) e l'azione inibitoria collettiva, collocate nel medesimo titolo c.p.c. Sembra, però, specie in considerazione della impossibilità di cumulo in un unico processo delle due azioni, che il riferimento generico a procedure collettive potrebbe piuttosto leggersi come una volontà regolatoria che aspirava a completezza, ma che, invece, si presenta come lacunosa sotto molteplici aspetti (specie se si considera la scarna disciplina riservata alla inibitoria collettiva). Ed invero, la azione inibitoria collettiva afferisce all'ambito delle azioni collettive, preposte alla tutela di interessi diversi da quelli individuali e, nonostante il ravvicinamento della prima alla azione di classe risarcitoria (come emerge dai rinvii infratestuali effettuati dall'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. alla disciplina procedurale di cui all'art. 840 *bis* c.p.c. e seguenti, nonché dal riconoscimento della legittimazione processuale anche in capo al singolo componente di una categoria o gruppo, caratteristica propria della *class action*), permane, anche dopo la riforma del 2019, la differenza tra le due tipologie di tutela; su questo rilievo P. Mezzanotte, opera citata, pagina 7. Con la azione inibitoria collettiva, difatti, alla stregua di quanto avviene con le azioni collettive in genere, può aspirarsi ad un provvedimento giurisdizionale di accertamento di una pratica illecita (ovvero, potenzialmente illecita), rimanendo le pretese risarcitorie estranee al giudizio e potendo le stesse farsi valere in altra sede (sia essa intesa come azione individuale ovvero di classe).

[13] G. Caruso, "*La nuova azione di classe: una peinture d'impression*", in "*www.judicium.it*".

[14] W. B. Rubenstein, "*Why Enable Litigation? A Positive Externalities Theory of the Small Claims Class Action*", 74 U. Mo. Kan. City L. Rev. 709 (2006), pagine 3-17, parla di esternalità positive scaturenti dalle azioni di classe attinenti a *small claims,* con riferimento alla attitudine delle stesse di plasmare le condotte future degli operatori economici, sì da ridurre il contenzioso futuro, nonché di irrobustire il *private enforcement* in generale.

Le considerazioni dell'Autore, ancorché elaborate in seno ad un ordinamento di *common law*, ove una

profilo, un meccanismo processuale che riunisce più pretese di tipo risarcitorio o inibitorio in un'unica domanda giudiziale consente indubbiamente di abbattere i costi di un giudizio[15], specialmente se il valore della posizione giuridica asseritamente lesa dalla parte convenuta si configura come talmente esiguo da rendere irrazionale e inopportuno incardinare una causa[16]. Si consideri, poi, che un procedimento collettivo favorisce la trattazione e l'accertamento di una pletora di controversie afferenti alla medesima violazione di legge, a causa di un illecito plurioffensivo, in un'unica sede, sì da rifuggire da lungaggini processuali, duplicazioni istruttorie[17] e, in ultima istanza, dal dispendio delle già limitate risorse giurisdizionali. Peraltro, l'azione di classe può rafforzare il potere processuale dei soggetti che decidono di aderire[18].

Rimanendo sempre in un'ottica eminentemente pragmatica, in considerazione della omogeneità delle posizioni soggettive fatte valere in un giudizio collettivo, e, quindi, della inevitabile sussistenza di questioni comuni, e di fatto e di diritto, l'accertamento dei fatti costitutivi può considerarsi standardizzato[19]. Standardizzazione che opera, specularmente, in relazione ai fatti estintivi di un diritto, quale è la prescrizione, e alla

importantissima esternalità positiva è quella della vincolatività del precedente giudiziale, secondo il principio dello *stare decisis*, sono pienamente traslabili in ordinamenti di *civil law,* con riguardo alla capacità di prevenzione generale e deterrenza che contraddistingue le azioni di classe. Anche P. Fiorio, "*L'azione di classe nel nuovo art. 140bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*" citata, pagina 8, parlava di esternalità positive riconducibili alla tutela aggregata, delle quali avrebbero beneficiato anche soggetti non danneggiati dall'illecito di massa dedotto in giudizio, in considerazione della portata deterrente della azione di classe.
Sulle funzioni dell'azione di classe si vedano anche R. Caponi, "*Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: risvolti in tema di class action*" consultabile sul sito "*www.academia.edu*" 2010, pagine 10-12, F. Denozza, "*L'azione privata. Tutrela individuale o strumento di enforcement*" in "*Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia"*, Milano, 2011, pagine 41-59, P. Fava, "*L'importabilità della class action in Italia*" citata, pagine 196-197, il quale rimarcava come negli Stati Uniti l'istituto in parola consentisse a ciascun individuo di "*avere il proprio giorno in Corte* (*right to have its own day inCcourt*)" oltre a stimolare comportamenti migliorativi negli operatori del mercato, i quali, in assenza del rischio di azioni risarcitorie, non sarebbero altrimenti incentivati; P. Fiorio, " *L'azione di classe nel nuovo art. 140bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*" in "*ilcaso.it*", 172/2009, pagine 6-9.

[15] I.C. Maggio, "*Recenti sviluppi della tutela collettiva nel diritto processuale europeo*" in "*Rivista di diritti processuale*", 4-5/2017, pagina 1237.

[16]Parlano di antieconomicità della azione giudiziale, con riferimento ai costi che questa comporta, rispetto al risarcimento richiesto, A. D. De Santis, opera citata, pagina 139, W. B. Rubenstein, "*Why Enable Litigation? A Positive Externalities Theory of the Small Claims Class Action*", 74 U. Mo. Kan. City L. Rev. 709 (2006), pagina 2.

[17] Del resto, un indiscutibile vantaggio delle azioni collettive è la agevolazione dell'assolvimento dell'onere della prova grazie alla circolarità di informazioni utili, specialmente con l'implementazione di strumenti di esibizione probatoria, in modo da rendere più celere e fluida la fase istruttoria di controversie particolarmente complesse.

[18]Così M. Lorenzetti, opera citata, p. 694. Per la verità, il quadro normativo nazionale ed europeo attuali dimostrano che a parità di vantaggi per gli aderenti, in termini di spese processuali e di effetti di una decisione giudiziale attestante la responsabilità dell'impresa convenuta in giudizio, conseguono pure preponderanti deprivazioni di poteri processuali, quali quello di formulare richieste istruttorie e di impugnazione.

[19] Si esprimono in questi termini A. Dondi e A. Giussani, in "*Commonality all'italiana e avvio (timido) della nostra classa action*", in "*Giurisprudenza italiana*", 2018, pagina 106.

liquidazione dei danni, anche a vantaggio del convenuto in giudizio[20]. Pertanto, l'istituto della *class action* dispiega effetti favorevoli tanto con riferimento alla posizione dei soggetti danneggiati da illeciti di massa, i quali, soltanto in questo modo, possono accedere al circuito giurisdizionale per far valere pretese che altrimenti rimarrebbero sprovviste di tutela, quanto con riguardo alla parte resistente, dacché la trattazione congiunta di più controversie, pur accelerando e facilitando le fasi di accertamento e decisione sulla responsabilità civile, comporta fisiologicamente, specialmente nella fase determinativa del *quantum* risarcitorio, imperfezioni[21].

Bisogna poi considerare la capacità delle azioni di classe di garantire la coerenza delle decisioni giurisdizionali e, quindi, del sistema giudiziario tutto[22]. Ed invero, la aggregazione di plurime posizioni soggettive omogenee in un unico processo si atteggia a scongiurare il fenomeno di giudicati fra loro confliggenti, che potrebbe appalesarsi ove il sistema giudiziario venisse chiamato a gestire, e poi decidere, separatamente controversie connesse per titolo e incardinate contro il medesimo soggetto. Sotto quest'ultimo profilo, preme rilevare, infatti, che la affinità delle posizioni soggettive fatte valere con una *class action* è il precipitato della commissione, a monte, di una condotta illecita plurioffensiva, ovverosia capace di incidere, anche indirettamente, sulla sfera soggettiva di una pluralità di individui. Al riguardo, si suole anche parlare di illeciti di

[20] A. Dondi e A. Giussani, opera citata, pagina 107.

[21] Per spiegare il fenomeno, può richiamarsi la metafora dell'autobus, efficacemente prospettata da A. Giussani, "*Le azioni di classe dei consumatori dall esperienze statunitensi agli sviluppi europei*", in "*Riv. Tri. Dir. Proc. civ*.", 2019, p. 164, e ID, "*Modelli collettivi extraeuropei di tutela collettiva risarcitoria*", nella stessa rivista, 2007, pagina 1257 e ss.: la *class action* equivale al servizio di trasporto pubblico, che si affianca a quello offerto dai taxi (corrispondenti alle azioni individuali). Il primo mezzo, pur essendo più lento e avendo un itinerario prestabilito, consente di snellire il traffico urbano ed è accessibile a basso costo per un ampio numero di potenziali utenti; il secondo, invece, consente di arrivare, senza fermate, alla destinazione desiderata. Fuor di metafora, l'azione collettiva appare vantaggiosa per consumatori e utenti colpiti da condotte illecite plurilesive, per la distribuzione delle spese giudiziali e l'accertamento di questioni di fatto e di diritto a fondamento delle proprie pretese, comuni a più soggetti. Di contro, però, con una azione individuale, o meglio, con un accertamento individualizzato del danno subito, le prospettive risarcitorie sarebbero, quantomeno in potenza, più elevate. Obbligatorio è l'uso del condizionale dacché, pur a fronte di una maggiore prospettiva risarcitoria, l'azione individuale è comunque disincentivata sul nascere, per gli elevati costi processuali e il fenomeno dell'asimmetria informativa, che si riflette inevitabilmente sulle possibilità di assolvimento dell'onere probatorio e che attanaglia pratiche illecite poste in essere dalle imprese.

[22] Per la verità, in considerazione del valore probatorio vincolante riconosciuto alle decisioni amministrative di attestazione di un illecito antitrust già della Direttiva UE 2014/104, recepita dal d.lg.s. n. 3 del 19 gennaio 2017, nonché della generalizzazione, indiscutibilmente problematica, effettuata dalla Direttiva UE 2020/1828 per molteplici ambiti del diritto europeo, la coerenza sistematica deve oggi essere riferita, e ricercata, non solo tra differenti poli giurisdizionali, ma anche tra questi e le decisioni della autorità amministrative indipendenti, deputate alla salvaguardia e alla vigilanza di precipui settori ordinamentali.

massa[23], fenomeno non relegato esclusivamente all'ambito consumeristico e contrattuale, come dimostra la portata pregiudizievole che può scaturire dalle violazioni del diritto della concorrenza. Queste ultime, infatti, costituiscono un plastico esempio di condotte idonee a cagionare danni ad una ampia platea di soggetti, anche mediatamente, in assenza di una relazione di tipo contrattuale[24]. Il pregiudizio subito da operatori del mercato a causa di una violazione della normativa antitrust abilita a richiedere un risarcimento; il diritto vulnerato sorge solo in seguito all'illecito concorrenziale e, per questa ragione, le infrazioni del diritto della concorrenza sono riconducibili alla responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 del codice civile[25]. La posizione giuridica soggettiva non può, dunque, essere disgiunta dall'illecito aquiliano, il quale deve essere accertato, in tutte le sue componenti, in un giudizio. Stante l'inesistenza di un pregresso rapporto negoziale, l'onere probatorio in capo all'attore in un giudizio risarcitorio è significativamente più pregnante e robusto, donde la opportunità -o meglio, la imprescindibilità, ove si considerino pretese risarcitorie dal valore particolarmente esiguo- di ricorrere a meccanismo processuali di tipo aggregativo. Sul versante probatorio, infatti, la dimostrazione della violazione della normativa antitrust e dei danni cagionati[26] costituiscono un ostacolo ingombrante per chiunque voglia promuovere una domanda risarcitoria. Le condotte in violazione del diritto della concorrenza, specialmente per la atipicità con cui possono concretizzarsi[27], comportano un elevato grado di complessità, e a livello fattuale e a livello di questioni giuridiche, di accertamento giudiziale, il quale richiede rilievi e valutazioni di tipo tecnico[28].

---

[23] Gli illeciti antitrust sono qualificabili come illeciti di massa, ovverosia condotte idonee a cagionare danni ad una ampia platea di soggetti, anche indirettamente. In questa prospettiva, pregiudizi di modesta entità che si registrano in modo diffuso sul mercato, se considerati unitariamente, corrispondono a lesioni decisamente gravi. In tal senso R. Pardolesi in "*La classe in azione. Finalmente*." in *"Danno e Responsabilità*", 2019, pagina 303; Vitrò S., "*La tutela collettiva: normative ed esperienze a confronto*", 2021, consultabile sul sito "*giustiziainsieme.it*".

[24] Si pensi, a titolo di esempio, al fenomeno della traslazione del sovrapprezzo illecito su catene di produzione e distribuzione, verticisticamente orientate, destinato, in ultima istanza, a refluire sul sistema dei prezzi e dei corrispettivi, e, di conseguenza, su consumatori e utenti finali.

[25] In questo senso L. Nivarra, *"La tutela giurisdizionale dei diritti, Prologomeni",* Giappichelli editore, Torino, 2018, pagina 49.

[26] In materia antitrust, la determinazione dei danni sconta indubitabilmente molteplici difficoltà, sia per le dimensioni, potenzialmente molto estese, delle condotte illecite sia per la imprescindibilità dell'impiego di schemi quantificatori di tipo ipotetico-economico, atti a intercettare lo scenario di mercato di non infrazione, i quali richiedono inevitabilmente il ricorso a consulenze tecniche, dati statistici e analisi di mercato.

[27] Basti pensare alle pratiche concordate ovvero alla pluralità di possibili epifanie di un abuso di posizione dominante sul mercato.

[28] Da questo punto di vista, emergono in modo adamantino la necessarietà e la opportunità di un coordinamento sinergico tra *public* e *private enforcement*, ovverosia tra applicazione del diritto della concorrenza sul versato pubblicistico, cui è preposta l'AGCM, e su quello privatistico, consistente nelle iniziative inibitorie e risarcitorie

Alla impenetrabilità dell'organizzazione aziendale di una impresa si aggiunge la segretezza con cui sono concordate e attuate le condotte illecite. La fisiologica asimmetria informativa tra potenziali attori e convenuti, poi, si acuisce nell'ipotesi in cui sia un semplice consumatore a volere intentare una causa per aver subito un danno antitrust.

In questa prospettiva, pregiudizi di modesta entità che si registrano in modo diffuso sul mercato, se considerati unitariamente, corrispondono a lesioni decisamente gravi[29]. Dal momento che i poli passivi di infrazioni antitrust, a causa del fenomeno della traslazione del soprapprezzo, sono i consumatori e gli utenti finali, le cui pretese risarcitorie sono irrimediabilmente frenate dai costi di accesso alla giustizia, più elevati rispetto alle perdite subite[30], e dalle difficoltà di acquisizione di mezzi di prova di cui sopra, le azioni risarcitorie di classe, soprattutto alla luce della riforma nazionale del 2019, ricoprono un ruolo di primo piano nel contrasto agli illeciti concorrenziali, assurgendo ad efficace catalizzatore di diritti e pretese omogenei, la sommatoria dei quali è in grado di irrobustire le fondamenta di domande di risarcimento.

Chiarito il ruolo della tutela collettiva e, in particolare, dell'azione classe, quale unico strumento, in termini concreti, di contrasto agli illeciti plurilesivi, non può non evidenziarsi la portata deterrente dell'istituto in parola.

È indubbio, infatti, che le azioni risarcitorie, specie se di matrice collettiva, hanno l'effetto, seppur secondario, di disincentivare la commissione di illeciti concorrenziali, i quali non potrebbero mai essere intercettati *in toto* dalle Autorità amministrative indipendenti, e preservare, di conseguenza, il corretto funzionamento del mercato[31]. Può

---

dei singoli, in forma individuale o, preferibilmente, collettiva. E del resto le azioni di seguito o *follow-on* -così denominate perché susseguenti ad accertamenti amministrativi compiuti da una autorità amministrativa indipendente, con l'eventuale giudizio amministrativo di impugnazione- agevolano l'onere probatorio in capo a potenziali attori e, di conseguenza, l'accertamento giudiziale.

29 R. Pardolesi in "*La classe in azione. Finalmente*." in *"Danno e Responsabilità*", 2019, pagina 303.

30 A tale proposito P. Fiorio ne "*La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*", 2019, consultabile sul sito "*IlCaso.it*", pagina 7, e A. Davola, "*Oltre il private enforcement: l'ipotesi di un mercato delle azioni di risarcimento del danno antitrust*" in "*Danno e responsabilità*" 7/2015, pagina 679, parlano di "apatia razionale" dei consumatori. La inerzia di questi ultimi, cioè, è una scelta ragionevole e logica in considerazione dei modesti danni subiti. L'accettazione passiva dello *status quo* è quindi preferibile rispetto all'*alea* e ai costi di un processo. A. Stöhr, "*The Implementation of Collective Redress – A Comparative Approach"* in "*German Law Journal*", 2020, pagina 1608, parla di "*rational disinterest*".

31 Al riguardo, del resto, il Considerando n. 7 e l'art. 1 della Direttiva UE 2020/1828 connettono il conseguimento di un elevato livello di tutela dei consumatori allo scopo di contribuire al corretto funzionamento del mercato interno, di modo da depurarlo da pratiche commerciali illecite e anticoncorrenziali. Su questo frangente, pur non costituendo una novità la funzionalizzazione del diritto dei consumatori a fini ulteriori e metaindividuali, bisogna

parlarsi, dunque, di esternalità positive[32] della *class aciton* con riguardo alla idoneità della stessa di prevenire condotte illecite, implementando le condotte prudenziali[33] e virtuose da parte delle imprese e accrescendo la fiducia dei consumatori sul mercato. Si aggiunga che una decisione di accertamento di una infrazione, specialmente a seguito di un giudizio inibitorio, può produrre effetti favorevoli sul mercato, e per soggetti danneggiati che non abbiano deciso di aderire alla forma di tutela aggregata e per soggetti non lesi da condotte illecite di massa, i quali, comunque, beneficeranno di pratiche commerciali rispettose dei dettami di legge[34], e, più in generale, di un assetto di mercato scevro da distorsioni e alterazioni della concorrenza.

Le azioni di classe, dunque, costituiscono un metodo di controllo dei comportamenti degli operatori economici sul mercato e, se efficacemente espletate e, prima ancora, incentivate, possono scoraggiare future infrazioni, stanti la prospettiva di un danno all'immagine[35] e il potenziale obbligo risarcitorio.

---

rilevare con riferimento alla disciplina delle azioni di classe, ferma restando la deprecabile e anacronistica ghettizzazione della stessa al settore consumeristico, sarebbe stato più opportuno che il legislatore indirizzasse gli sforzi di armonizzazione, poi confluiti nella Direttiva che ci si propone di analizzare, nell'edificare un complesso di norme a carattere trasversale e con maggiori potenzialità applicative.

Sulla capacità delle azioni risarcitorie collettive di consentire, proprio grazie alla loro funzione sanzionatoria, il corretto funzionamento dei mercati globalizzati, riequilibrando posizioni di asimmetria tra domanda e offerta, specie in quelli oligopolistici, ove gli utenti non possono rivolgersi ad altri operatori economici, si veda L. Barbarito, "*Profili economici della class action*" in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, edizioni Art, Roma, 2010, pagina 161. L'Autore evidenzia difatti come, nei mercati molto estesi e non frammentati, ove il rischio di essere scoperti è esiguo, le grandi imprese trovano particolarmente conveniente attuare comportamenti potenzialmente sanzionabili.

[32] Espressione impiegata da G. Caruso, opera citata, pagina 1.

[33] C. Amatucci, "*La vera ambizione delle azioni di classe: brevi note sulla deterrenza", in "Analisi giuridica dell'Economia*", Il Mulino Rivistaweb, 2008, pagina 15, evidenzia come la funzione di deterrenza dell'azione di classe serva ad esporre l'impresa ai costi della propria condotta negligente, sì da incentivare investimenti a supporto di misure prudenziali.

Sul maggior effetto deterrente delle azioni risarcitorie rispetto a quelle inibitorie, C. Magni, "*Il punto di vista dell'autorità per la garanzia nelle comunicazioni*" in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, edizioni Art, Roma, 2010, pagina 235.

[34] Sulla circostanza secondo cui la portata deterrente delle azioni collettive assicura anche l'effettività del diritto sostanziale, A. Giussani, "*Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*", Il Mulino, Bologna, 2008, pagina 26, V. Falce, "*Brevi note in materia di pratiche commerciali scorrette*", in *"Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, edizioni Art, Roma, 2010, pagina 207.

[35] Le prospettive di discredito commerciale e di pregiudizio all'immagine per un imprenditore convenuto in un giudizio di classe, peraltro, alla luce della normativa attualmente vigente, nonché dell'impianto della Direttiva del 2020, appaiono particolarmente significative in considerazione delle modalità telematiche di pubblicizzazione del processo collettivo.

2 I rimedi collettivi a livello europeo.

Il quadro giuridico euro-unitario sui rimedi collettivi antecedente alla Direttiva UE 2020/1828 appariva oltremodo sconfortante. L'unico atto normativo funzionalmente preposto a disciplinare in modo uniforme procedure di tutela aggregata, seppur con norme minimali, era la Direttiva CE/2009/22[36]. Quest'ultima, però, presentava palesi limiti applicativi, per il suo ambito operativo, limitato agli interessi dei consumatori, e per il tipo di tutela, esclusivamente inibitoria. La scarsa efficienza dell'atto normativo in parola, peraltro, derivava dall'assenza di disposizioni su una inibitoria di tipo definito.

Il percorso europeo su strumenti di tutela aggregata può definirsi come costellato da battute di arresto, indecisioni e anacronismi, nonostante la pluralità di tentativi di approntare una regolamentazione unitaria. E difatti, l'iter regolatorio europeo delle azioni di classe di tipo risarcitorio ha avuto inizio con il Libro Verde[37] e il Libro Bianco[38] della Commissione europea sulle azioni risarcitorie in materia antitrust. Più precisamente, con il secondo documento preparatorio, la Commissione rinnovava la proposta di approntare una disciplina sostanziale e processuale per azioni risarcitorie collettive, al fine di ovviare alle elevate spese di giustizia e raccordare danni esigui frazionati tra diversi operatori economici, i quali, però, se sommati, raggiungono entità piuttosto consistenti. In concreto si suggeriva l'introduzione della legittimazione ad agire di soggetti qualificati (azioni rappresentative) e l'aggregazione di molteplici richieste individuali in un'unica azione (azioni collettive con modalità opt-in). Codeste proposte, però, furono poi abbandonate, non confluendo nella Direttiva UE 2014/104[39], circostanza, questa, unitamente al carattere incompleto e, sotto certi aspetti, eccessivamente cauto di quest'ultimo atto normativo, che denota, l'incapacità delle

[36] Direttiva 2009/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori. Questo atto normativo aveva, peraltro, abrogato la Direttiva 98/27/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 1998 relativa a provvedimenti inibitori a tutela di interessi dei consumatori, la quale, genericamente, imponeva agli Stati UE l'obbligo di consentire ad associazioni consumeristiche di instaurare azioni inibitorie al fine di far cessare condotte illecite di imprese e professionisti.

[37] Libro Verde sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, del 19 dicembre 2005.

[38] Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno, del 2 aprile 2008

[39] Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

Istituzioni europee di plasmare norme con efficacia concretamente deterrente, nonostante i proclami di implementazione del *private enforcement*.

Occorre considerare che le difficoltà riscontrate a livello comunitario sull'introduzione di una disciplina uniforme a tutela di interessi collettivi[40] sono indubbiamente riconducibili, almeno in parte, agli ostacoli che si appalesano nei tentativi di traslare istituti statunitensi, i quali costituiscono un modello di efficienza e deterrenza in materia, in ordinamenti di *civil law*, quali quelli europei. E tuttavia, non può esser taciuto che, spesso, le distanze culturali e giuridiche tra la realtà europea e quella statunitense [41], di certo non insormontabili, si atteggiano ad antagonismo, cieco e anacronistico, verso istituti capaci di irrobustire le fondamenta del *private enforcement*[42]. Ulteriore ostacolo per l'introduzione di una normativa eurounitaria uniforme sui rimedi collettivi è senz'altro il principio di autonomia processuale riconosciuto in capo agli Stati membri, *ex* art. 19 TUE[43]. E tuttavia, esistono normative europee che incidono direttamente sull'impianto processuale degli ordinamenti nazionali[44], quali quelle in materia di proprietà intellettuale[45] e di diritto internazionale privato processuale[46].

Sulla scia di queste disposizioni, per la verità, si colloca anche la Direttiva 2014/104, in considerazione del valore vincolante riconosciuto alle decisioni definitive di autorità nazionali della concorrenza e dei giudici amministrativi, del regime derogatorio della responsabilità solidale tra coautori di illeciti antitrust e delle presunzioni del danno da

[40] Per tali intendendosi, in questa sede, quelli di una intera categoria di soggetti e le pretese soggettive di tipo omogeneo.

[41] Al riguardo basta rilevare, a titolo esemplificativo, come negli Stati Uniti la tutela di interessi collettivi sia in concreto rimessa a soggetti privati, specialmente nel settore del diritto della concorrenza, con conseguente relegazione dell'applicazione pubblicistica dello stesso in secondo piano. E. A. Raffaelli, "*Il private antitrust enforcement dopo la Direttiva Danni: troppi problemi ancora irrisolti?"* in "*Federalismi.*it", 14/2019, pagina 3, evidenzia come la modalità privatistica di applicazione del diritto della concorrenza si ponga, rispetto a quella di matrice pubblica, in un rapporto del 90%-10%. In Europa, invece, si riscontra principalmente il *favor* verso il *public enforcement*, quale retaggio dalle originarie funzioni del diritto della concorrenza europeo, ovverosia il contrasto ai monopoli e la limitazione dell'intervento statuale nell'economia (in questi termini G. Taddei Elmi, "*Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza" in "PersonaeMercato.it-Saggi"*, pagina 200), con evidente sottovalutazione delle potenzialità repressive e preventive del *private enforcement*. Di tale maggiore propensione verso il *public enforcement* parla anche F. Santangeli, "*Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento con gli altri strumenti di tutela collettiva*" in "*judiciunm.it*", pagina 8.

[42] Ci si riferisce al sistema di adesione di opt-out e ai danni punitivi o ai *triple damages*.

[43] L'imbastimento di una disciplina sulle azioni di classe comporta indubbiamente l'approntamento di disposizioni di matrice processuale, a iniziare dalla legittimazione ad agire in giudizio.

[44] G. Contaldi, "*La tutela degli interessi collettivi nel diritto dell'Unione Europea" in "Ordine internazionale e diritti umani*", 2020, pagina 13.

[45] Direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale.

[46] Si pensi ai regolamenti su giurisdizione e riconoscimento di sentenze straniere.

cartello e della traslazione del sovrapprezzo, misure queste che si prefigurano come incursioni nel processo civile[47]. E allora appare lampante che l'atteggiamento delle Istituzioni europee, prima tra tutte la Commissione, più che cauto e prudente sia stato a lungo insoddisfacente e incapace di intercettare le concrete esigenze di deterrenza e di prevenzione di illeciti plurioffensivi. Solo la predisposizione a livello comunitario di norme uniformi su meccanismi di tutela aggregata può rendere il funzionamento del mercato interno fluido[48], irrobustire la fiducia dei consumatori, ma anche delle imprese, nello stesso e, in un'ottica strettamente processuale, scongiurare fenomeni di *forum shopping*.

Visto il difetto di un concreto impatto applicativo della Direttiva del 2009, di cui sopra, la Commissione europea si è limitata, in un primo momento, ad avviare una consultazione pubblica[49] e ad adottare, poi, una Raccomandazione[50], con la quale si mirava a indurre gli Stati membri a dotarsi di normative interne che prevedessero il ricorso a strumenti di tutela di tipo collettivo[51]. Peraltro, anche la portata della Raccomandazione si è rivelata decisamente ridotta[52], in termini di contenuti,

[47] Così A. Montanari, "*Il danno antitrust*", CEDAM, Milano, 2019 pagina 10.
[48] G. Contaldi, opera citata, pagina 13.
[49] In particolare, nel *consultation paper* del 2009, la Commissione rimarcava come il valore della pretesa giudizialmente azionabile costituisse il principale motore delle scelte dei consumatori.
[50] Nell'alveo di codesta procedura di consultazione si colloca anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 2 febbraio 2012, dal titolo "*Verso un approccio europeo coerente di ricorsi collettivi*", ove si guardava con favore all'adozione di un insieme di principi e regole comuni, valevoli in via trasversale, che poi ha trovato sponda proprio nella Raccomandazione della Commissione. Può dunque notarsi una timida evoluzione, dacché, nel Libro Bianco del 2008 della Commissione le procedure collettive erano paventate con esclusivo riferimento al diritto della concorrenza.
[51] Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013, relativi a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo alla tutela inibitoria e risarcitoria degli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione. Uno dei tratti distintivi di suddetta Raccomandazione, dei pregressi atti normativi in materia ed anche della Direttiva del 2020 di cui si tratterà in seguito, sia la predilezione per le azioni rappresentative, ovverosia intentate da associazione (in particolare, quelle consumeristiche).
Per una analisi delle lacune e delle contraddizioni di suddetta Raccomandazione si vedano A. Biard, "*Collecitve redress in the Eu: a rainbow behind the clouds?*" in "*ERA Forum*", 2018, pagine 193-194, ove si evidenzia, ad esempio, come alla generale propensione verso il sistema di opt-in si affianchi la eccezione dell'opt-out, con una formulazione incerta e generica; l'A. notava poi come l'impianto della Raccomandazione fosse instabile e incompleto, in considerazione di ulteriori incoerenze intrinseche (ad esempio il divieto di *contingency fees*, seguito poi dalla ammissione delle stesse, ove regolate) e delle lacune, specialmente con riferimento a norme su giurisdizione e diritto internazionale privato. Anche C. Hodges, "*Collective Redress: a Breakthrough or a Damp Squibb*?" in "*J consum policy*". Springer Science+Business Media New York, 2014, pagine 78-79, metteva in luce le contraddizioni interne alla Raccomandazione, in riferimento a *contingency fees,* meccanismo adesivo, finanziamento della lite da parte di terzo, le quali avrebbero trovato una spiegazione nell'approccio impreciso e poco convinto della Commissione al tema.
[52] G. Contaldi, opera citata, pagina 20. E infatti, dopo cinque anni dalla adozione della Raccomandazione, la stessa Commissione europea, nella relazione effettuata al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sulla sua applicazione, constatava che soltanto cinque Paesi membri avevano dato a essa una forma di attuazione.

pragmaticità delle proposte e prospettive applicative. In concreto, dalla Raccomandazione emergevano forme di tutela aggregata di tipo rappresentativo[53], contraddistinte da un sistema adesivo di opt-in[54], dal divieto dei danni puntivi[55] e dei patti di quota lite[56], da differenti possibilità di modalità di finanziamento delle azioni. Relativamente a quest'ultimo profilo, la Commissione europea, prospettava il finanziamento da parte del rappresentante della classe, preferibilmente inteso come ente o organismo pubblico[57], ovvero tramite fondi pubblici di finanziamento ed il ricorso al *legal aid*[58]. L'alternativa più innovativa, però, era senza dubbio il finanziamento di un procedimento collettivo da parte di un soggetto terzo, soluzione tipicamente esistente nei paesi di *common law*, a fronte di una percentuale sulle somme liquidate al termine del giudizio ovvero oggetto di procedura transattiva. La Raccomandazione, all'art. 16 avvertiva gli Stati membri sulla necessità di garantire trasparenza delle fonti di finanziamento e sull'impossibilità per il terzo di influenzare in qualsiasi modo le

Su questo frangente, può affermarsi che l'Italia, con l'emanazione della legge n. 31 del 2019, di cui si dirà *infra*, abbia recepito l'incoraggiamento promanante dall'Unione Europea; in questo senso I. C. Maggio, opera citata, pagina 1239, C. Vadala, "*Azione collettiva e private antitrust enforcement*" in "*diritto.it*", 2020, pagina 1. Questa circostanza, però, non è da sovrastimare, in considerazione dell'impianto complessivo della riforma italiana, la quale, pur presentando significative e auspicate innovazioni -che, comunque, nulla hanno a che vedere con gli sforzi disciplinatori della Commissione europea: si pensi all'ampliamento dello spettro applicativo oggettivo della azione di classe, non più relegata all'ambito consumeristico, e alla legittimazione ad agire riconosciuta ai singoli componenti della classe-, è contraddistinta comunque da lacune e scelte processuali anacronistiche e inefficienti (ci si riferisce alla avversione verso forme di risarcimento punitivo e verso il sistema di opt-out).

[53] Sul punto, si evidenzia come, a mente dell'art. 4 della Raccomandazione, le organizzazioni rappresentative avrebbero dovuto essere senza scopo di lucro e istituzionalmente preposte alla tutela dei diritti scaturenti dalla normativa UE e fatti valere in giudizio, nonché dotate di capacità finanziaria per una adeguata rappresentazione di un gruppo di soggetti. In concreto, si tratta di requisiti poi ripresi e scolpiti nella Direttiva 2020/1828, all'art.4.

[54] Per la verità, pur consacrandosi *l'opt-in mechanism*, poteva rinvenirsi una apertura nei confronti del meccanismo di opt-out, il ricorso al quale veniva rimesso alla discrezionalità degli Stati membri, purché giustificato da motivi di buona amministrazione della giustizia. Può scorgersi, al riguardo, come l'opportunità dell'*opt-out* non veniva riconnessa alla necessità di una tutela giurisdizionale piena, effettiva e uniformemente accessibile, bensì ad uno scopo di matrice pubblicistica.

[55] Sul punto era evidente la avversione verso il modello statunitense di *class action*, la quale veniva giustificata dal Parlamento e dalla Commissione con il richiamo alla necessità di evitare abusi del processo. Al riguardo, emerge un persistente sbilanciamento in favore del *public enforcement*, ossia dei ruoli di vigilanza e accertamento di autorità preposte alla tutela di specifici settori giuridici (prima tra tutte, la Commissione europea), con conseguente sacrificio delle concrete potenzialità di prevenzione e deterrenza del *private enforcement*, proclamate a livello europeo, ma poi tradite nella pratica applicazione e relegate ad un ruolo ancillare.

[56] Anche su questo frangente, non può non notarsi il distanziamento delle scelte a livello comunitario dal modello statunitense, con inevitabile depotenziamento delle prospettive di reale attuazione e deterrenza dell'istituto in esame. Difatti, il ruolo imprenditoriale della classe forense negli Stati Uniti d'America, costituisce un importantissimo fattore di sviluppo delle azioni di classe e di deterrenza. Al riguardo, C. Amatucci, opera citata, pagina 16, rimarca come siano proprio gli studi legale a poter sopportare la sproporzione tra costi giudiziali e aspettative riparatorie, specie con riferimento a condotte lesive seriali, assumendo un rischio di impresa e finanziando le liti.

[57] Tale modalità di finanziamento appare tuttora improbabile, visti i costi della procedura collettiva ed i disincentivi ad agire di cui sopra; così, I. C. Maggio, opera citata, pagina 1246.

[58] Soluzioni, queste, come il finanziamento da parte di un terzo, ricomprese anche nella Direttiva del 2020/1828.

decisioni del ricorrente, specialmente nell'alveo di ipotetiche tacitazioni extragiudiziali delle controversie[59]. Su questo frangente, può scorgersi una intrinseca contraddizione nelle scelte di fondo delle Commissione, la quale, chiudendo qualsivoglia varco applicativo a risarcimenti di tipo punitivo, mostrava apertura verso un altro istituto tipico del modello di *class action* statunitense, potenzialmente foriero di molteplici difficoltà attuative[60]. Ad ogni modo, le proposte avanzate nel 2013, ancorché critiche, hanno trovato concretizzazione nella Direttiva del 2020, peraltro con una significativa responsabilizzazione[61] in capo agli enti esponenziali in termini di trasparenza e di controllo, attraverso l'adozione di procedura interne, di possibili conflitti di interessi[62].

Infine, merita menzione l'art. 33 della Raccomandazione, secondo cui le azioni di ricorso collettivo di regola dovrebbero avviarsi solo dopo la conclusione definitiva dell'eventuale procedimento dell'autorità pubblica, aperto prima dell'inizio dell'azione privata. Ove il procedimento innanzi alla autorità di vigilanza di precipui settori ordinamentali sia aperto dopo la proposizione di una azione privata, il giudice dovrebbe evitare di emettere una pronuncia contrastante con la decisione dall'autorità pubblica, a tal fine potendo sospendere il giudizio collettivo.

Evidente è quindi la predilezione, a livello europeo, di strumenti di *private enforcement* che seguano quelli di *public enforcement*, il che, di per sé, implica una svalutazione alla radice delle azioni di classe. Ed invero, come dimostra la successiva Direttiva 2014/104

[59] Tra finanziatore e convenuto in giudizio non poteva, di conseguenza, insistere un rapporto di concorrenza, neppure potenziale.

[60]Si pensi alle problematiche connesse alla individuazione e alla risoluzione di un conflitto di interessi, il tutto durante la pendenza di un processo collettivo.

[61] Responsabilizzazione, questa, che, per quanto imprescindibile, pone non pochi inconvenienti, dal momento che, prima dell'approntamento di qualsivoglia strumento di controllo e prevenzione interno, occorrerà irrobustire sistemi di formazione assimilabili ai programmi di *compliance* per le imprese.

[62] Considerando n. 52. Sul punto, oltre alle inevitabili difficoltà pratiche che pone l'istituto in parola, il quale comporta controlli giurisdizionali su conflitti di interessi e la risoluzione degli stessi (dalla richiesta di rifiuto del finanziamento o di modifica delle condizioni di quest'ultimo, *ex* art. 10 della Direttiva, sino alla opposizione alla legittimazione ad agire dell'ente rappresentativo), non possono non sollevarsi seri dubbi sulla opportunità di un sistema di finanziamento così congegnato. Ed invero, pur dovendosi preservare l'autonomia privata in sede di contrattazione, è del pari indubbio che la provenienza di risorse da parte di soggetti terzi apre il fianco a fenomeni di opportunismo, instabilità giudiziale (basti pensare all'esercizio del diritto di recesso ovvero al ricorso a meccanismi di risoluzione stragiudiziale della lite), lungaggini processuali (ove dovesse, anche soltanto nell'ambito di una strategia dilatoria della parte resistente, esser prospettato il rischio di un conflitto di interessi tra terzo e convenuto ovvero tra il primo e i componenti della classe, sarebbe inevitabile procedere con accertamenti incidentali in tal senso). L'unica soluzione menzionata nella Raccomandazione del 2013, per fronteggiare i possibili conflitti di interessi, era la sospensione del giudizio da parte del giudice nazionale. Si ritiene non occorra evidenziare le problematicità della stessa, già in termini di ragionevole durata del processo. Per fortuna il legislatore europeo del 2020 fa salva la possibilità della parte convenuta in un giudizio collettivo di sollevare rimostranze e riserve sul rispetto da parte dell'ente esponenziale proponente dei requisiti di cui all'art. 4 (nello specifico, la lettera *e*) impone l'indipendenza dell'ente rispetto al terzo finanziatore).

sulle azioni di risarcimento del danno antitrust - materia in cui l'applicazione privatistica dovrebbe e potrebbe svolgere un ruolo primario e proattivo - oggetto privilegiato dell'attenzione del legislatore europeo, e conseguentemente di quello nazionale in sede di recepimento, è costituito dalle azioni *follow-on* o "di seguito". È ovvio, però, che, al fine di prevenire seriamente la commissione di infrazioni del gioco competitivo, sarebbe stato più logico e opportuno irrobustire le fondamenta delle azioni *stand-alone*.

Il sistema sin qui tratteggiato, infatti, si caratterizza per sforzi di pubbliche autorità e di privati danneggiati profusi nella medesima direzione; le azioni *follow-on* cioè si aggregano in modo ancillare al *public enforcement*[63], seguendone le orme. Tuttavia, sono le azioni *stand alone* a consentire il disvelamento di quelle pratiche illecite che potrebbero eludere i controlli della autorità amministrative indipendenti. Ed invero, prendendo in considerazione la Direttiva 2014/104, una diffusa ed efficace applicazione delle regole concorrenziali sarebbe stata più proficuamente conseguita con una inversione cronologica degli interventi: semplificare prioritariamente quelli privati, riservando una particolare attenzione alle azioni di classe, coadiuvati poi da quelli pubblicistici[64]. Si aggiunga, inoltre, che questa predilezione verso l'applicazione pubblicistica del diritto europeo collide inevitabilmente col proposito di implementare il ricorso a meccanismi di tutela aggregata, dovendo essi assurgere a strumento di effettiva e piena tutela giurisdizionale capace, però, di perseguire anche benefici metaindividuali[65]. Ma proprio tale tendenza ha poi trovato concretizzazione nella Direttiva del 2014 e in quella del 2020, venendo, peraltro, portata alle estreme conseguenze alla luce del riconoscimento di vincolatività per il giudice civile del

[63] E. A. Raffaelli, "*Il private antitrust enforcement dopo la Direttiva Danni nella prospettiva dell'avvocato" in "Il private antitrust enforcement nelle Corti milanesi: una prospettiva europea. Atti del convegno tenutosi il 4 ottobre 2019 nella Sala Napoleonica dell'Università degli Studi di Milano*", a cura di Codinanzi M., Alberti J., Croci F. in "*Rivista.eurojus.it*", 2020, pagina 66.

[64] Per un giudizio sulla Direttiva Danni del 2014 e su come la stessa non abbia apportato dei vantaggi consistenti per il benessere collettivo, non essendovi i presupposti per un aumento delle possibilità di disvelamento di infrazioni, A. Heimler, "*Il risarcimento del danno antitrust: limiti e opportunità" in "Il diritto industriale*", 5/2016, pagina 411. Sulla necessità di una maggiore interazione tra vigilanza pubblica e azioni civile, al fine di garantire un corretto funzionamento dei mercati, vedi S. Paladino, *"Azioni seriali e tutela degli interessi collettivi: class action all'italiana"* in "*Federalismi.it"*, 14/2008, pagina 21. Sulla qualificazione della *class action* come strumento eccezionale e sussidiario alla azione di regolazione pubblica, invece, A. Zoppini "*L'azione di classe: cenni di analisi economcia del diritto*" in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe"*, a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010, pagina 164. Posizione, quest'ultima, che, seppur sostenuta in un differente contesto storico, sociale ed economico, insterilisce totalmente la matrice innata delle azioni di classe e, inoltre, non intercetta le inevitabili lacune dei controlli sul mercato compiuti in sede pubblicistica, dovute principalmente alla penuria di risorse finanziarie, oltre che di tempo. Ad ogni modo, non si comprende in che modo il rafforzamento del *private enforcement* possa utilmente avvenire senza contemplare istituti giuridici votati alla deterrenza.

[65] Ovverosia, la deterrenza e la concorrenzialità del mercato interno, cui si accennava sopra.

processo di seguito, sia esso inibitorio o risarcitorio, delle decisioni definitive attestanti la commissione di una violazione del diritto dell'UE[66].

Antecedentemente alla proposta e alla approvazione della Direttiva del 2020, la Commissione europea licenziava una Relazione[67], nella quale, oltre ad esser constatato l'insuccesso della Raccomandazione del 2013, possono scorgersi le fondamenta delle scelte poi confluite nel testo normativo di armonizzazione. Indubbiamente il motore delle riflessioni contenute in questa Relazione, e, conseguentemente, alla base della proposta di Direttiva, può rinvenirsi nel caso *Dieselgate*[68], tipico esempio di violazione transfrontaliera idonea a cagionare pregiudizi a soggetti di diversi Stati. Nell'intento di valutare i risultati applicativi della Raccomandazione, però, si constatava che soltanto sette Stati membri si erano dotati di una disciplina nazionale inerente a meccanismi di ricorso collettivo. Altri Paesi, invece, non avevano introdotto nei loro ordinamenti nazionali nessuna normativa in tal senso, così facendo persistere una preponderante

---

[66] Per un'ampia disamina di tutte le problematiche poste da suddetto valore vincolante, in termini di diritto di difesa del convenuto, indipendenza del giudice, status para-giurisdizionale delle autorità amministrative indipendenti, necessità di un controllo giurisdizionale amministrativo sui provvedimenti di queste ultime non superficiale, bensì pervasivo, D. Porena, "*Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul D. Lgs. N. 3/2017 (attuazione della Direttiva 2014/104/UE in materia di antitrust private enforcement. Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge alla soggezione del giudice alla legge…ed alla Autorità antitrust?*", in "*Federalismi.it*", 2018; V. T. Ciorra, "*L'efficacia delle decisioni dell'AGCM nei giudizi follow on*", consultabile sul sito www.avvocaturadellostato.it, A. D. De Santis, "*La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile*", 2017, consultabile sul sito "iris.uniroma3; A. D. De Santis "*La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile*" in "*Tutela Diferenciada, Revista de Processo*", 2016; P. Fabbio, *"Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il Decreto enforcement (d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*" in "*Analisi giuridica dell'economia*", 2/2017; A. Storto, "*Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM dopo il decreto legislativo 19/01/17, n. 3*" in "*Il private enforcement antitrust dopo il d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*" a cura di B. Sassani, Pacini Giuridica, Pisa, 2017; V. Meli, "*La Direttiva 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust dell'Unione Europea e la sua attuazione in Italia*" in "*Studi per Luigi Carlo Ubertazzi. Proprietà intellettuale e concorrenza*", Giuffrè Francis Lefebvre, 2019; P. Comoglio, "*Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato" in "Il giusto processo civile*", 2016; M. Negri, "*L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*" in "*NLCC",* 2018; F. Pasquarelli, "*Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*" in "*Il diritto industriale*", 3/2016; A.D. De Santis, "*Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*" in "*Rivista di diritto processuale*", 2015; R. Rordorf, "*Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità Nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*" in "*Le Società*", 7/2016.

Per una disamina degli orientamenti giurisprudenziali della Corte di Cassazione, antecedentemente al recepimento della Direttiva 2014/104, seppur affini alla stessa, A. Frignani, "*La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con sé stessa*" in "*Mercato concorrenza regole*", 2013, e L. Vasques, "*La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Costituzione lo consente?*", nella stessa rivista.

[67] Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione della raccomandazione della Commissione, dell'11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione (2013/396/UE), COM/2018/240 final.

[68] La Volkswagen aveva modificato le proprie autovetture, al fine di occultare il loro livello di emissioni inquinanti. Molti consumatori in tutta l'UE hanno subito le conseguenze della vendita di autoveicolo con informazioni fuorvianti riguardanti proprio i livelli di emissione.

divergenza in termini di disponibilità di mezzi di ricorso collettivo[69]. Anzitutto, la Commissione evidenziava come molti dei Paesi dotati di una normativa interna in tal senso[70] consentissero l'uso dell'opt-out. Se da una parte questo meccanismo adesivo potrebbe porre seri problemi in termini di esercizio del diritto di difesa -specialmente considerando la posizione soggetti residenti in uno Stato UE diverso da quello in cui si svolge un potenziale giudizio-, dall'altra la stessa Commissione, per la prima volta in modo esplicito, prendeva contezza delle potenzialità in termini di efficienza dell'opt-out[71].

Con riguardo alla legittimazione ad agire, il *favor* europeo si assestava sempre sulle azioni rappresentative, con l'avvertimento che norme interne più restrittive per le organizzazioni promotrici avrebbero potuto potenzialmente comportare una limitazione del diritto di intentare un ricorso collettivo e pertanto di accedere alla giustizia[72].

A salvaguardia della certezza del diritto, delle prospettive di aggregazione e della posizione del convenuto[73] a seguito della diffusione di informazioni riguardanti l'azione collettiva, la Relazione invitava gli Stati UE a dotarsi di meccanismi processuali atti a

---

[69] Quadro, questo, che ovviamente offriva il fianco al fenomeno del *forum shopping*, divenendo inevitabile agire dinanzi a giurisdizioni di altri Stati membri, maggiormente favorevoli alle pretese attoree. Al riguardo, la Relazione rimarcava la opportunità di normare le fattispecie transfrontaliere non solo perché le attività economiche travalicano spesso le frontiere nazionali, potendo arrecare nocumento a persone di diverse Stati membri, ma anche in considerazione del rischio di raggiungimento di diversi risultati decisionali a seconda del foro adito. La Commissione richiamava anche il rischio di doppio risarcimento.

[70]Ad esempio Norvegia, Danimarca, Paesi Bassi, Regno Unito.

[71] L'opt-ou è potenzialmente destinato a dimostrare tutta la sua forza applicativa con riferimento a controversie municipali riguardanti pretese giudiziali con prospettive risarcitorie molto esigue, nonché in relazione a cause transfrontaliere, ciò anche al fine di garantire una omogeneità delle decisioni nello spazio europeo. Il presupposto imprescindibile è ovviamente costituito da un meccanismo di notifica su larga scala e preferibilmente telematico.
In verità, però, sembra emergere dalla Relazione la percezione della necessità di attuare una distinzione tra cause puramente nazionali e cause transfrontaliere e di fare maggiore affidamento sul principio opt-in nei contesti transnazionali, proprio in considerazione dei rischi connessi ad una mancata conoscenza della pendenza di procedimenti collettivi. In tal senso, la Commissione europea richiamava le esperienze del Belgio e del Regno Unito. Nel primo caso, l'applicazione di uno dei due meccanismi viene valutata caso per caso, allo scopo di decidere come proteggere al meglio gli interessi dei consumatori, con obbligatorietà dell'opt-in quando i ricorrenti sono stranieri. Similmente, nel Regno Unito, il diritto della concorrenza contempla l'opt-out, con conseguente impedimento di un ulteriore contenzioso, solo per ricorrenti ivi domiciliati.

[72] La Direttiva 2020/1828, però, in contraddizione con quest'ultimo rilievo, al Considerando n. 26, prevede proprio la facoltà discrezionale per gli Stati membri di introdurre ulteriori criteri di designazione delle organizzazioni rappresentative, purché sia garantito il funzionamento delle azioni rappresentative.

[73] Sul punto, appare d necessario un bilanciamento tra la situazione soggettiva della parte resistente di un giudizio collettivo e la presenza di sistemi informativi capaci di innescare adesioni alle azioni di matrice collettiva. Nella Relazione del 2018, peraltro, la Commissione europea segnalava come la situazione dell'Italia presentasse un obbligo di pubblicizzare la causa sulla stampa (più precisamente, la eventuale ordinanza di ammissibilità), comportante un significativo onere finanziario per il ricorrente. Ed invero, da questa prospettiva, la normativa nazionale antecedente al 2019 era contraddistinta da un evidente disincentivo per la proposizione di azioni risarcitorie collettive, stanti gli elevati costi di pubblicizzazione ricadenti sul proponente. Tale circostanza, inoltre, rendeva poco praticabile la via del procedimento intentato dal singolo consumatore o utente.

verificare il prima possibile, nel corso della controversia, se le cause soddisfacessero o meno le condizioni previste per il ricorso collettivo e, di conseguenza, a rigettare quelle manifestamente infondate, attraverso una procedura celere[74].

Importante, poi, il rilievo sulla necessità di garantire che i diritti delle parti coinvolte venissero pienamente tutelati anche in sede transattiva, con la prospettazione di un controllo delle transazioni da parte dei giudici[75].

La Relazione in esame ribadiva poi la opportunità, in termini di efficienza, di esperire azioni collettive dopo il completamento della procedura dinanzi ad un'autorità pubblica, sia essa un giudice o un organo amministrativo[76]. Infine, oltre all'estraneità del risarcimento punitivo alla maggior parte degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, la Commissione evidenziava l'esigenza di vietare il calcolo degli onorari per i difensori in percentuale delle somme accordate nella causa (*contingency fees*), per prevenire ed evitare incentivi non necessari ad avviare contenziosi[77].

Dal breve quadro sopra tratteggiato, culminato infine con la approvazione della Direttiva 2020/1828, può ravvisarsi come il cammino normativo eurounitario sui *collective redresses* sia stato caratterizzato da una elaborazione pluridecennale, segnata da dubbi, reticenze, prese d'atto e aperture in chiave evolutiva, che ha consegnato agli operatori del diritto un atto normativo il quale, pur aspirando alla armonizzazione, presenta

---

[74] Di qui l'opportunità, già previamente avvertita dal legislatore nazionale prima della riforma del 2019 e confermata con l'innesto di un nuovo titolo nel c.p.c., di una fase o filtro di ammissibilità.

[75] E infatti la Direttiva del 2020 consente agli Stati UE di introdurre un controllo di equità (e quindi di merito) sull'accordo di tacitazione extragiudiziale della controversia, elemento, questo, tratto indubitabilmente dal modello statunitense di *class action*, ove il giudice è chiamato a verificare che il *settlement* raggiunto sia *fair*, *reasonable* and *adequate*, tenuto conto della proposta, dell'adeguatezza del ristoro, dei metodi di distribuzione dello stesso tra i membri della classe, dei tempi di pagamento, della capacità finanziaria del convenuto, della complessità della controversia e dello stadio del procedimento. Sul controllo giudiziale degli accordi transattivi e sugli ampi poteri del giudice negli USA si vedano Kenneth M Kliebard, Michelle Park Chiu, J Warren Rissier, Jon R Roellke, Michael A Cumming, Heather Nelson, Megan A Suehiro, Phillip J Wiese and Brianna R. Howard, Morgan, Lewis & Bockius LLP, "*Class/collective actions in the United States: overview*", Thomson Reuters, 2020, pagina 20; D. Amadei, "*Nuova azione di classe e procedimenti collettivi (l. 12 aprile 2019, n. 31)*" in "*NLCC*", 2019, pagina 1077; G. Gerardo, "*Comparazione tra la disciplina della class action nel diritto statunitense e l'azione di classe italiana alla luce della legge n.31 del 2019*", in "*Judicium*", Pacini Giuridica, 2019, pagina 16; P. Fiorio, " *L'azione di classe nel nuovo art. 140bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*" citata, pagine 20-21.

[76] E, per tale ragione, la Commissione riaffermava che l'attesa della decisione amministrativa non avrebbe dovuto avere il risultato di privare i potenziali ricorrenti del loro diritto di accesso alla giustizia, ad esempio a causa del decorso dei termini di prescrizione.

[77] A tale proposito, in verità, la Direttiva non contiene né un espresso divieto né comunque disposizioni di sorta. Probabilmente, la Commissione ha abbandonato il proposito di avviare un percorso disciplinatorio, avendo preso atto della sussistenza in alcuni Stati membri, quali Belgio, Danimarca, Estonia e Regno Unito (pagina 18 della Relazione), di ipotesi di onorari calcolati in percentuale all'esito della controversia, seppur, tendenzialmente, in circostanze eccezionali in cui la presunta vittima di un illecito non dispone di mezzi finanziari e può far valere la propria pretesa solo con un accordo sui *contingency fees.*

lacune[78] e desta perplessità. Rinviando al capitolo seguente la disamina del contenuto dell'atto normativo del 2020, preme sin d'ora rimarcare come, nonostante incursioni di tipo processualistico[79], sarebbe stato probabilmente opportuno un maggiore e un più attento pragmatismo sulle potenzialità applicative di istituti quali il finanziamento della lite da parte di un terzo e i risarcimenti punitivi, con riferimento ai quali perdura l'antagonismo delle istituzioni europee[80]

3 La legislazione italiana precedente alla riforma *ex lege* n. 31/2019.

A livello nazionale, l'*iter* normativo concernente l'azione di classe è stato travagliato e ha avuto con esiti applicativi scoraggianti[81]. Una prima forma di tutela collettiva in Italia è stata introdotta nel 1996[82], con l'inserimento nel codice civile dell'art. 1469 *sexies*, contemplante una azione inibitoria su iniziativa delle associazioni rappresentative dei consumatori per contrastare l'uso ovvero la raccomandazione di utilizzo di clausole vessatorie nelle condizioni generali dei contratti. In un primo momento, questa tipologia

[78] Nello specifico, spicca la deprecabile assenza, tra le materie afferenti all'ambito applicativo della Direttiva, del diritto antitrust, alla luce del proclamato obiettivo di assicurare il corretto funzionamento del mercato. Peraltro, tale atto normativo è fortemente debitore nei confronti della Direttiva Danni 2014/104 (basti pensare agli istituti della esibizione probatoria e della vincolatività delle decisioni amministrative di accertamento di condotte illecite), di cui tuttavia tradisce l'anelito di implementazione del *private enforcement* (già comunque fortemente affievolito, proprio in considerazione della mancata disciplina delle azioni di classe in uno dei settori ordinamentali che più ne abbisogna), e rispetto al quale si pone come una prosecuzione monca, sprovvista di un reale coordinamento logico-sistematico.

[79] Con riguardo alla esibizione delle prove, al valore vincolante delle decisioni amministrative per il giudice nazionale, alle strettoie della legittimazione a incardinare procedimenti collettivi.

[80] Avversione, questa, tra l'altro, ormai anacronistica se si considerano decisioni giurisdizionali, in Italia come in altri Paesi membri (segnatamente Francia e Spagna), in sede di delibazione di sentenza straniere, le quali escludono in modo adamantino qualsivoglia automatica e ontologica incompatibilità di risarcimenti punitivi con l'ordine pubblico e processuale, occorrendo sempre un controllo di proporzionalità. In tema M. Schirripa, "*I danni puntivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento*?" in www.comparazionedirittocivile.it, marzo 2017, pagina 11; F. De Dominicis, "*Punitive damages, grandi assenti nell'azione di classe? Una prospettiva comparata*" in "*Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra i sistemi*" a cura di D. Bianchi e M. Rizzuti, Giappichelli Editore, Torino, 2020, pagina 101.

[81] Sul quadro normativo nazionale delle azioni collettive risarcitorie e inibitorie antecedentemente alla riforma del 2019, A. D. De Santis, opera citata, pagina 369 e ss.; P. Mezzanotte, opera citata, pagine 10-14; diffusamente G. Afferini, "*Class action in Italy: a farewell to America*" in "*Party autonomy in European private (and) international law*", Aracne, 2015, pagine 189-208; ID, "*Class action in Italy: a farewell to America*" in "The Digest. The Law Journal of the National Italian American Bar Association", 23/2015, pagine 33-44; ID, "*Recenti sviluppi nell'azione di classe*" in "Judicium", 2013; P. Mazzina, "*Prime considerazioni sugli aspetti costituzionali dell'azione di classe*" in forum ostituzionale.it; S. Menchini e A. Motto, "*Art.140 bis"* in "*Judicium*"; D. Amidei, "*L'azione collettvia inibitoria: sistema, tutele ed attuazione*", Giappichelli, Torino, 2018, pagina 177 e ss., A. Riccio, "*La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*" in "*Contratto e impresa*", 1/2010, pagina 8 e ss; S. Chiarloni, "*Il nuovo articolo 140bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*" in "*Analisi Giuridica dell'Economia*", 1/2008, pagina 107 e ss.

[82] Legge n. 52 del 6 febbraio 1996.

di tutela inibitoria era stata generalizzata *ex lege* n. 281/1998, con cui le azioni rappresentative degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti[83] travalicavano lo stretto ambito della vessatorietà delle clausole e, in generale, del diritto contrattuale. Successivamente, in un'opera di razionalizzazione sistematica, il legislatore nazionale ha raccordato le disposizioni a tutela del consumatore, incluse quelle soprarichiamate, nel Codice del consumo[84]. La tutela giurisdizionale, sempre di carattere inibitorio, trovava dunque ospitalità negli artt. 37, 137, 139 e 140 del testo normativo. Questo tipo di tutela aggregata, di matrice esclusivamente rappresentativa[85], era affiancata da misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi di condotte illecite accertate in giudizio[86]. Codeste misure, peraltro, erano state oggetto di una applicazione ermeneutica di tipo estensivo-analogico da parte della giurisprudenza[87], tanto da ricondurvi provvedimenti di tipo strettamente restitutorio che, in assenza di un riconoscimento positivo in tal senso, non potevano in concreto trovare ospitalità[88].

Per l'introduzione di strumenti di aggregazione di posizioni giuridiche finalizzati all'ottenimento del risarcimento del danno è stato necessario attendere, quantomeno sulla carta, sino al 2007, anno in cui l'art. 2, commi 445-449, della L. n. 244/2007

[83] In giudizio, dunque, veniva fatta valere non una situazione soggettiva dell'ente rappresentativo, bensì di un gruppo di riferimento; in questi termini A. Giussani, ultima opera citata, pagina 188.
[84] D.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005.
[85] Si doveva trattare, peraltro, di associazioni di consumatori e utenti iscritte in un apposito elenco tenuto presso il Ministero dello sviluppo economico.
[86] Suddette misure, cui si affiancava l'ordine del giudice di pubblicare il provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale (art. 140 cod. cons., lettere c), erano preposte a realizzare e a rendere effettivo il comando inibitorio; così B. Sirgiovanni, opera citata, pagina 140.
[87] In tal senso B. Sirgiovanni, opera citata, pagina 145, il quale, con particolare rifermento a due sentenze del Tribunale di Palermo del 22 giugno 2006 e del 20 febbraio 2008, evidenziava come le domande di accertamento di cui all'art. 3 della legge n. 281/1998 venissero impiegate anche per la tutela di diritti fondamentali dei consumatori, situazioni soggettive, queste, che figureranno materialmente in un testo di legge soltanto con l'introduzione dell'azione di classe risarcitoria.
[88] F. Santangeli, opera citata, pagina 9, notava come la giurisprudenza avesse modulato, verosimilmente per sopire il difetto di una tutela risarcitoria, le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi di cui all'art. 140 codice consumo anche in chiave di restituzione di somme di danaro. Nello specifico si trattava di pronunzie che imponevano la restituzione degli interessi anatocistici non dovuti e versati dai clienti (Tribunale di Milano, 15 settembre 2004, poi seguita dal Tribunale di Palermo con le sentenze soprarichiamate), di canoni versati agli operatori di telefonia (Tribunale di Torino, 20 novembre 2006), delle somme addebitate senza richiesta alcuna da parte degli abbonati ad opera di un operatore pay-tv (Tribunale di Roma, 30 aprile 2008). L'autore parlava di misure ripristinatorie intese in senso più "aggressivo" dalla giurisprudenza, evidenziando, però, come risultasse difficoltoso poi individuare efficaci forme processuali che consentissero l'esecuzione materiali di tali statuizioni. Per la verità, si prospettava altresì la problematica demarcazione tra tutela risarcitoria e tutela propriamente riparatoria e/o restitutoria. Inoltre, codeste misure di tipo restitutorio o risarcitorio, ancorché veicolate nelle forme di una tutela collettiva di tipo inibitorio, non potevano essere richieste da enti rappresentativi, poiché, in questa ipotesi, sarebbero state fatte valere posizioni soggettive individuali da parte di organizzazioni che avrebbe agito in nome proprio per conto altrui. Per quest'ultimo rilievo, D. Amadei, opera citata, pagina 173, e cfr. Cass. 18/08/2011, n. 17351, che, con riferimento a domande risarcitorie e ripristinatorie riferite ai singoli consumatori o utenti, escludeva la legittimazione degli enti in assenza di una espressa domanda degli interessati.

(Finanziaria 2008) ha inserito nel codice del consumo, l'art. 140-*bis* ("azione collettiva risarcitoria")[89]. Questo intervento normativo prevedeva un procedimento, incardinato su iniziativa delle sole associazioni di cui all'art. 139 del codice del consumo[90], volto alla tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti[91], per materie tassativamente indicate dalla legge[92]. I consumatori o utenti che intendevano usufruire di questa tutela dovevano comunicare per iscritto al proponente la propria adesione all'azione collettiva[93]. Era comunque ammesso l'intervento dei singoli consumatori o utenti per proporre domande aventi il medesimo oggetto[94]. Il testo normativo del 2007 prevedeva poi: un giudizio sulla ammissibilità della domanda[95]; un onere di pubblicizzazione, nelle ipotesi di domanda ritenuta ammissibile, a cura del proponente; una pronunzia di merito determinante i criteri in base ai quali liquidare la somma da

[89] L'art. 140-*bis* è stato prima interessato da una proroga della sua entrata in vigore (in un primo momento sino all'1 gennaio 2009, poi all'1 luglio 2009, infine all'1 gennaio 2010) e successivamente, nelle more, sostituito da una nuova disciplina intitolata "azione di classe" ad opera dell'art. 49 della l. 23 luglio 2009, n. 99. Materialmente, dunque, nella sua formulazione precedente, la norma non è mai entrata in vigore, circostanza, questa, positiva, in considerazione della conformazione procedimentale, del fatto che potessero essere proposte contestualmente avverso il medesimo soggetto plurime azioni collettive fondate sugli stessi fatti, della legittimazione ad agire riconosciuta in capo ad organismi rappresentativi e non a singoli consumatori e/o utenti, della menzione di imprecisati interessi collettivi di questi ultimi e non invece dei diritti individuali. A tali criticità si aggiungevano: i limiti dell'ambito di applicazione, stante il riferimento ai soli contratti di cui all'art. 1342 c.c., e non alla generalità dei negozi giuridici conclusi dai consumatori, la possibilità di aderire fino all'udienza di precisazione delle conclusioni in giudizio di appello, nonché un giudizio pseudo-arbitrale di matrice obbligatoria, surrettiziamente introdotto dal legislatore. Per questi ultimi rilievi P. Catallozzi, "*Premessa sulla nuova class action"* in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010, pagina 13.

[90] Cui erano equiparati associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere.

[91] Il fatto che la lettera della legge parlasse di interessi collettivi, e quindi di posizioni soggettive tecnicamente non individualmente riferibili a precipui soggetti, non precludeva in concreto la riconducibilità di queste ultime all'oggetto del giudizio, dacché la tutela in parola era finalizzata ad accertare il diritto al risarcimento del danno e alla restituzione di somme. A tale risultato, però, si sarebbe potuti giungere con una interpretazione teleologica, operazione, questa, che sarebbe stato opportuno evitare in partenza con una formulazione legislativa chiara.

[92]Ovverosia rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'articolo 1342 c.c., ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, nelle ipotesi di lesioni di diritti di una pluralità di consumatori o di utenti. Nonostante una formulazione ristretta, il riferimento all'illecito extracontrattuale consentiva di rifuggire da eccessive angustie applicative.

[93] Nonostante la difficoltà pratica della formulazione di suddette adesioni, il legislatore aveva opportunamente ed espressamente statuito che le stesse, al pari della azione collettiva, producevano gli effetti interruttivi della prescrizione ai sensi dell'articolo 2945 c.c., circostanza, questa, riscontrabile anche oggi ai sensi dell'art. 840 *septies* c.p.c., secondo cui la domanda di adesione produce gli effetti della domanda giudiziale, scolpita, tuttavia, in una formulazione più criptica e ariosa.

[94] Tale disposizione, ovviamente, rischiava di mettere a repentaglio l'utilità del meccanismo adesivo e il pratico funzionamento dell'intero procedimento collettivo, a causa di un incremento della complessità delle componenti soggettiva e oggettiva della controversia.

[95] Sentite le parti e assunte sommarie informazioni, la domanda doveva esser dichiarata inammissibile per manifesta infondatezza, conflitto di interessi, inesistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela. Si trattava, come è evidente, di una disposizione generica, che avrebbe necessitato di una interpretazione da parte della giurisprudenza ai fini chiarificatori.

corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti aderenti (o intervenuti)[96] ovvero contenente la determinazione di una somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente[97]. La sentenza che definiva il giudizio faceva stato nei confronti dei consumatori e degli utenti aderenti, rimanendo salva l'azione individuale di coloro i quali non avevano formulato una adesione ovvero un intervento[98].

Nonostante la impossibilità di effettuare un giudizio complessivo, in termini di efficienza applicativa, sullo strumento di tutela collettiva appena descritto per la sua mancata entrata in vigore[99], le maggiori criticità si appalesavano forse con riferimento al sistema conciliativo, alquanto confusionario, apprestato dalla legge. E infatti, l'impresa soccombente, entro 60 giorni dalla notificazione della sentenza, avrebbe dovuto proporre il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria; ove accettata, la proposta avrebbe costituito titolo esecutivo. Nelle ipotesi di mancata formulazione della stessa ovvero di difetto di accettazioni, secondo una scelta totalmente bizzarra, era previsto che il Presidente del Tribunale adito costituisse una camera di conciliazione su domanda di consumatori e utenti, aderenti e intervenuti[100]. In alternativa, su concorde richiesta del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta, il Presidente del Tribunale disponeva che la composizione non contenziosa avesse luogo presso uno degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni, operante presso il Comune ove aveva sede il foro adito.

---

[96] Si era in presenza di una sentenza di condanna generica, che avrebbe poi agevolato le iniziative risarcitorie individuali.

[97] In concreto, dunque, era possibile che il procedimento collettivo non fosse contraddistinto da alcuna biforcazione, favorendosi in tal modo la economia processuale.

[98] A fronte di una chiara scelta del meccanismo adesivo di opt-in, rimanevano dubbi sulla valenza del giudicato di rigetto, ossia se questo vincolasse, in egual misura di una sentenza favorevole, il gruppo di consumatori o utenti o se, invece, gli stessi -secondo l'impostazione dell'art. 1306 c.c. sulle obbligazioni solidali- non fossero assoggettati ad esso.

[99] Sul punto, F. Santangeli e P. Parisi, "*Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons."* in "J*udicium*", pagina 4, rimarcavano infatti come la normativa del 2007 scontasse la mancanza di un banco di prova, ossia l'applicazione giurisprudenziale.

[100] Non si comprende perché tali soggetti, avendo ottenuto una pronunzia loro favorevole, avrebbero dovuto trovare conveniente siffatta evenienza. Da notare, poi, il fatto che suddetta procedura conciliativa non aveva alcuna finalità deflativa, non essendo collocata durante la pendenza del giudizio, bensì al termine dello stesso. Peraltro, il fatto che questa camera di conciliazione fosse composta da un avvocato indicato dai soggetti che avevano proposto l'azione collettiva, da un avvocato indicato dall'impresa convenuta e da un avvocato nominato dal Presidente del Tribunale tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori, nel ruolo di presidente, nonché il riconoscimento di valore di titolo esecutivo del verbale da quest'ultimo sottoscritto, sembrava configurarsi come un procedimento arbitrale obbligatorio. Per questo rilievo, F. Santagada, "*La conciliazione dell'azione collettiva risarcitoria: note a margine di una proposta di riforma dell'art. 140 bis Cod. Cons*." in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010, pagina 133.

A seguito della riforma del 2009, la legittimazione ad agire veniva riconosciuta anche ai singoli consumatori o utenti componenti di una classe[101], con una razionalizzazione del procedimento, soprattutto con riferimento alle adesioni[102] e alla riunione di più azioni pendenti[103]. Anzitutto, venivano espressamente menzionati i diritti individuali omogenei di consumatori e utenti. Il giudizio aveva ad oggetto l'accertamento della responsabilità

[101] I quali potevano comunque dar mandato ad una associazione o ad un comitato. Tale modifica in punto di legittimazione ad agire poteva esser salutata con favore, visto che la limitazione della stessa alle sole associazioni di categoria avrebbe costituito un vero e proprio monopolio in capo alle stesse della azionabilità delle situazioni giuridiche soggettiva; in questi termini F. Santangeli e P. Parisi, opera citata, pagina 17. E peraltro, il riconoscimento di tale legittimazione al singolo consumatore valorizzava il suo ruolo di operatore di mercato, consentendo di indirizzare le pretese soggettive verso l'imprenditore "corretto", cioè effettivamente responsabile della condotta illecita, cfr. M. Natale, "*Diritti omogenei e potenziamento dell'azione di classe*" in "*Danno e responsabilità*", 1/2019, pagina 117. M. De Cristofaro, "*L'azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali*" in "*Resp. Civ. e prev*.", pagina 1941, in un'ottica eminentemente pragmatica, sottolineava opportunamente come le associazioni rappresentative di consumatori e utenti non fossero in grado di sostenere tre gradi di giudizio nell'alveo di un processo risarcitorio, risultando più conveniente incardinare azioni di tipo inibitorio, al fine di ottenere un ritorno politico in termini di immagine. Su quest'ultimo inciso si veda anche A. Giussani, "*Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*", citata, pagina 40. *Contra* A. Carratta, "*Sulla modifica dell'art. 140 bis Cod. Cons. e sull'introduzione dell'azione di classe*" in *Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010, pagina 77, secondo il quale attribuire la legittimazione ad agire ai singoli consumatori e utenti indeboliva la effettività della tutela giurisdizionale. In un primo momento, però, l'Autore, *"L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*" in "*Rivista di diritto processuale*", 2008, pagina 729, aveva più correttamente rimarcato come la limitazione della legittimazione ad agire ai soli enti e associazioni rappresentativi avrebbe potuto incidere sulla effettività della tutela giurisdizionale, specie in considerazione dei rischi di opportunismo politico-sociale, principalmente consistenti nella ricerca di benefici in termini di immagine con sacrificio delle esigenze di piena tutela dei diritti. Sul punto si veda altresì G. P. Miller, "*Punti cardine in tema di class action negli Stati Uniti e in Italia"* citata, pagina 228, il quale, con riferimento alla legittimazione ad agire limitata ad enti rappresentativi, parlava opportunamente di rischi di politicizzazione del contenzioso collettivo, potendo cioè accadere che gli interessi degli organismi promotori dell'azione finissero per sovrastare quelli di consumatori e utenti. Anche P. Lucantoni, "*Uno ruolo <trainante> per gli studi legali*?" in "*Analisi giuridica dell'economia*", pagina 94, faceva riferimento al rischio di politicizzazione del contenzioso seriale, a detrimento degli interessi di consumatori e utenti, in presenza di limitazioni così stringenti in punto di legittimazione ad agire. Limitazioni, peraltro, che collidevano con lo scopo di agevolare l'accesso alla giustizia proprio dell'azione di classe. Da una specola generale, R. Van den Bergh – L. Visscher, "*The preventive function of collective actions for damages in consumer law*" in "*Erasmus Law Review*", 2008, pagina 28, pur evidenziando i vantaggi promananti dallo schema di tutela offerto dalle azioni collettive rappresentative, mettevano in guardia dai rischi di condizionamento e influenza delle associazioni consumeristiche da parte di gruppi politici. Ad ogni modo, il riconoscimento della legittimazione ai singoli individui costituiva un avvicinamento al modello statunitense di *class action*.

[102] B. Sassani, "*L'azione di classe nel sistema italiano: primi spunti ricostruttivi*" in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010, pagina 62, evidenziava la pericolosità delle adesioni in appello per la parte resistente e, in generale, per il procedimento tutto, il cui funzionamento rischiava di divenire praticamente impossibile.

[103] Sul punto, la riunione di azioni di classe incardinate avverso il medesimo operatore economico e fondate sugli stessi fatti costitutivi era ispirata a ragioni di economica processuale secondo B. Sassani, opera citata, pagina 64. *Contra* A. Giussani, *"L'azione di classe risarcitoria nell'art. 140 bis Cod. Cons.: dalla Legge finanziaria 2008 al D.D.L. Sviluppo 2009*"in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", pagina 41, secondo il quale la contestuale pendenza di azioni di classe avrebbe aumentato la competitività tra i proponenti, e quindi la effettività della tutela, dovendosi al più ricorrere al sistema di opt-out per evitare suddetta contestualità. La posizione dell'Autore appare degna di accoglimento, però, solo limitatamente alla opportunità della introduzione di quest'ultimo meccanismo adesivo, per i motivi di cui si dirà *infra*. In presenza di plurime iniziative processuali fondate su fatti costitutivi identici (ovverosia gli illeciti plurioffensivi), di contro, non può razionalmente sostenersi l'utilità a fini competitivi di questa evenienza, la quale si traduce in un futile spreco di risorse giurisdizionali, destinate ad accertare medesime questioni di fatto e di diritto in sedi differenti, per di più con il rischio di esiti decisionali contrastanti.

e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni, nei casi tipicamente indicata dalla legge[104], in parziale continuità con la normativa del 2007. I consumatori e gli utenti interessati aderivano senza l'occorrenza del ministero di un difensore[105], depositando l'atto, anche tramite la figura del proponente, in cancelleria[106]. La domanda si proponeva con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale poteva intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità[107]. All'esito della prima udienza il Tribunale, in composizione collegiale, decideva con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, potendo, però, sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere era in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo[108].

[104] Ovverosia: a) diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c. (la formulazione della norma veniva ampliata, non facendosi più riferimento esclusivamente a contratti conclusi tramite formulari - critico sulla richiamo, nella precedente normativa, al solo art. 1342 c.c. A. Giussani, opera citata, pagina 224)-; b) diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.
[105] Tale disposizione, peraltro reiterata dal legislatore della riforma del 2019, seppur con maggiore cura e attenzione, appariva di difficile realizzazione pratica, posto che l'atto di adesione doveva contenere, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria.
[106] Da questo momento decorrevano gli effetti di cui agli artt. 2943 e 2945 c.c.
[107] Tale disposizione era verosimilmente preposta a individuare la eventuale estensività della dannosità delle pratiche illecite sul mercato.
[108] La facoltà di sospensione del processo già in fase di valutazione di ammissibilità dell'azione, poneva seri problemi con riferimento alla ragionevole durata del processo. La scelta del legislatore mirava a garantire coerenza sistematica tra i *decisa*, non considerando, però, il fatto che i singoli titolari di pozioni soggettive dall'esiguo valore economico, già disincentivati ad attivare un giudizio o anche solo ad aderire ad esso (così G. Afferini, "*Class action in Italy: a farewell to America*" citata, pagina 39), sono destinati a perdere totalmente interesse a coltivare suddette pretese in sede giudiziale all'esito di un procedimento o di altro processo. Si consideri poi che tale facoltà sospensiva, certamente non riconducibile al disposto dell'art. 279 c.p.c., si ascriveva - come del resto anche le disposizioni in tal senso nella legge n. 31/2019 e nella Direttiva 1828/2020- al fenomeno, deprecabile e avversato dalla Corte Costituzione (ci si riferisce alle sentenze numeri 70/1961 e 40/1964), della dotazione di uno status di paragiurisdizionalità ad autorità amministrative indipendenti. Con riferimento a suddetta sospensione, facoltativa e discrezionale, A. D. De Santis, opera citata, pagina 689, il quale, rinvenendone la ratio nel Regolamento 1/2003 artt. 81 e 82 (disposizioni secondo cui le autorità giurisdizionali, in materia di illeciti antitrust, non possono prendere decisioni contrastanti con quelle già adottate o che potrebbe adottare la Commissione), paventava dubbi di legittimità costituzionale con riferimento alla effettività della tutela giurisdizionale e alla ragionevole durata del processo. Si noti come le maggiori criticità emergevano proprio in termini di ragionevole durata del processo, non essendo stabilito dalla legge un termine massimo per la sospensione in parola, **potendo, di contro, quest'ultima dispiegare la sua utilità nell'ipotesi di annullamento di decisioni amministrative.**
S. Menchini-A. Motto, opera citata, pagina 37, prospettavano addirittura una lettura estensiva dell'istituto sospensivo in esame, proponendone l'applicabilità anche nella fase di merito del processo di classe, al fine di acquisire risultanze istruttorie del procedimento o del giudizio amministrativo.

L'ordinanza ammissiva[109] dell'azione acquistava un contenuto complesso, consistente in: fissazione dei termini e modalità di pubblicità[110], ai fini delle adesioni; definizione dei caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, con la specificazione dei criteri in base ai quali i soggetti potenzialmente aderenti erano inclusi nella classe o meno; fissazione di un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità[111], entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, dovevano esser depositati in cancelleria[112]; determinazione del corso della procedura tutta[113]. Con riguardo a quest'ultimo inciso, il giudice doveva assicurare il rispetto del contraddittorio, nonché l'equa, efficace e sollecita gestione del processo, dovendo, peraltro, con la medesima ordinanza ovvero con una successiva, modificabile o revocabile in ogni tempo, prescrivere le misure atte a evitare indebite ripetizioni o

[109] La domanda era dichiarata inammissibile per manifesta infondatezza, conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisava l'identità dei diritti individuali tutelabili, nonché quando il proponente non appariva in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe. Quest'ultima ipotesi, per quanto inevitabilmente foriera di difficoltà interpretative dovute alla sua intrinseca genericità, era necessitata dal riconoscimento della legittimazione ad agire a ogni singolo soggetto componente del gruppo.
F. Santagada, opera citata, pagina 439, notava poi come il conflitto di interessi potesse anche concretizzarsi tra il difensore del proponente e gli aderenti, specialmente in sede transattiva. Questa evenienza, in verità, seppur potenzialmente verificabile, appariva alquanto improbabile, non esistendo alcun concreto incentivo per gli avvocati, in termini di prospettive di profitti premiali, ad intentare azioni di classe. E difatti era decisamente più verosimile che il conflitto di interessi si manifestasse tra il proponente del procedimento collettivo e gli aderenti. Sulla rilevabilità del conflitto di interessi d'ufficio si veda A. D. De Santis, opera citata, pagina 709. E del resto non poteva immaginarsi diversamente, essendo inverosimile far gravare tale onere dimostrativo in negativo sul proponente. Opportunamente, poi, la riforma aveva eliminato il riferimento agli interessi collettivi.
[110] Tale pubblicità costituiva condizione di procedibilità.
[111] Preclusione, questa, da salutare con favore, sì da consentire al convenuto di avere cognizione delle dimensioni reali della classe.
[112] Copia dell'ordinanza doveva inoltre esser trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico per ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito internet.
[113] Su questo frangente, emergeva la scelta legislativa di dotare il giudice di poteri di gestione processuale con ampi margini di discrezionalità. S. Menchini-A. Motto, opera citata, pagina 74, rilevavano come nell'ordinamento nazionale esistessero già procedimenti in cui a una fase di ammissibilità ne seguiva una di merito a cognizione piena: il riferimento era al procedimento di separazione personale dei coniugi di cui agli artt. 706 ss. c.p.c. (abrogati dal d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 149, c.d. "Riforma Cartabia").

complicazioni nella presentazione di prove o argomenti[114] e regolare nel modo che riteneva più opportuno l'istruzione probatoria[115] e ogni altra questione di rito[116].

[114] Questa formulazione richiamava chiaramente il disposto degli artt. 669 *sexies* e 702 *ter* c.p.c.; così A. D. De Santis, opera citata, pagina 741. La scelta di semplificare al massimo il procedimento, sì da consentire una maggiore adattabilità dello stesso alle peculiarità di un processo di classe, però, non implicava anche la sommarietà dell'accertamento, trattandosi di controversie necessitanti di acribia e rigore nell'accertamento giudiziale. Proprio per tale ragione sarebbe stato più opportuna una procedimentalizzazione, anche in misura minima, con riferimento alla trattazione e alla istruzione dell'azione di classe, utilizzando come base disciplinatoria il rito ordinario ovvero il rito cautelare uniforme, con i necessari adattamenti. E, peraltro, la via della procedimentalizzazione è stata seguita dal legislatore del 2019, verosimilmente per esigenze di certezza del diritto, nonché in ragione della circostanza che nell'ordinamento nazionale non esiste una cultura giuridica tale per cui ai giudici viene affidata una gestione manageriale delle controversie. Sul fatto che l''istruttoria di cui all'art. 140-*bis*, già nella formulazione del 2007, ricordasse quella del rito camerale, nonché l'istruttoria cautelare di cui all'art. 669-*sexies* c.p.c., F. Valerini, "*L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano*" in "*Temi e questioni di attualità costituzionale*", a cura di S. Panizza e R. Romboli, Cedam, 2009, pagina 141.
Ad ogni modo, la formulazione della norma consentiva indubbiamente di calibrare la trattazione delle cause di classe alla loro maggiore o minore complessità, così concretizzando il principio di proporzionalità nell'impiego delle risorse giudiziali; sul canone di proporzionalità nell'impiego delle risorse giudiziali si veda R. Caponi, "*Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*" consultabile all'indirizzo www.astrid-online.it, pagina 12.
[115] M. Bove, *"La trattazione del processo di classe*" in "*Judicium.it*", pagine 5-6, parla di istruttoria deformalizzata, evidenziando che, da una parte, era quasi inevitabile che il legislatore si affidasse al giudice, non essendo possibile predeterminare *ex ante* ogni singola situazione che si sarebbe potuta presentare in un procedimento collettivo. D'altra parte, sarebbe stato opportuno approntare delle regole minime, sì da consentire la prevedibilità di modi di esercizio del potere giurisdizionale. Ed invero, stante la complessità intrinseca, sui piani soggettivo e oggettivo, di un'azione di classe, sarebbe stato necessario un maggiore sforzo definitorio da parte del legislatore, eventualmente anche con la creazione di un rito ibrido o misto. Tale evenienza, come si evince dalla riforma del 2019, pone dei problemi di coerenza sistematica, specie se si considerano le lacune relative alla fase cautelare e al gravame, ma, al contempo, consente quantomeno di irreggimentare controversie che non possono essere soggette a un accertamento sommario.
[116]L'anelito di celerità ed economia processuale era poi scolpito nella espressione conclusiva "*omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio*".
Occorre notare, inoltre, come l'art. 140-*bis* continuasse a non contemplare alcun riferimento ai mezzi di prova. Questa lacuna prospettava criticità soprattutto con riferimento alla posizione degli aderenti, non essendo questi dotati di poteri processuali e, conseguentemente, non potendo richiedere la assunzione di mezzi di prova diversi da prove precostituite, da allegare all'atto di adesione, al fine di dimostrare *petitum*, *causa petendi* e *omogeneità* del diritto fatto valere. Sui problemi scaturenti dal difetto di disposizioni normative in punto di prova, si veda M. Bove, opera citata, pagina 11, il quale, ad esempio, escludeva che la confessione fosse totalmente non ammessa in un procedimento di classe –anche perché mancava un espresso divieto in tal senso-, dovendosi però inevitabilmente ridimensionare il suo valore da prova legale a prova liberamente valutabile da parte del giudice.
Dalla specola del diritto antitrust, poi, la mancanza di qualsivoglia disposizioni in materia probatoria si presentava come ulteriormente problematica, in considerazione delle chiare difficoltà dimostrative di tutte le componenti dell'illecito. Per tale ragione importanti sono quelle ricostruzioni dottrinali volte a imbastire presunzioni, proprio per agevolare l'onere probatorio. Con riferimento all'elemento soggettivo di una condotta anticoncorrenziale, ad esempio, si poteva (e si potrebbe tuttora) immaginare l'operatività in via analogica dell'art. 2600 c.c., il quale prevede una presunzione di colpa, facendo salva la prova contraria, in materia di concorrenza sleale; del resto, si tratta di discipline che condividono la medesima *ratio* della salvaguardia della concorrenza, in questi termini L. Nivarra, "*L'azione collettiva risarcitoria e il diritto antitrust*" in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010, pagina 173.
E ancora, anche con riferimento alla prova del nesso causale e dei pregiudizi subiti, specialmente a seguito di violazioni del diritto della concorrenza, in considerazione della remissione dell'articolazione della fase istruttoria alle scelte del giudice, si configurava come plausibile il ricorso alle presunzioni; al riguardo G. Afferini, "*Class action in Italy: a farewell to America*" in "*The Digest, National Italian American Bar Association Law Journal*", 23/2015, pagina 39. Si trattava di un adattamento necessario, soprattutto in considerazione della incertezza che avvolgeva e che continua ad avvolgere la figura dell'aderente all'azione di classe.
Ulteriore criticità di un procedimento con fasi di trattazione e istruzione atipiche atteneva ovviamente ai limiti dei poteri del giudice. La legge si limitava a richiamare il principio del contradditorio e una gestione del processo equa, efficace e sollecita. Sul punto, in dottrina si paventava la possibilità per il Tribunale di fissare preclusioni e dettare

Era escluso l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 c.p.c.[117]

La domanda andava incardinata innanzi al Tribunale ordinario, in composizione collegiale, avente sede nel capoluogo della Regione ove era ubicata la sede l'impresa[118].

---

i termini delle attività processuali, quali il rilievo di eccezioni, la modificazione di domande, la precisazione delle conclusioni; per questa ricostruzione M. Bove, opera citata, pagina 12, F. Santangeli e P. Parisi, opera citata, pagina 54. Tuttavia, pur costituendo il "micro-codice" di cui all'art 140-*bis* un interstizio ordinamentale sprovvisto di una procedimentalizzazione positiva, e pur in assenza di rinvii espliciti al rito ordinario, non si sarebbero comunque potute trascurare le disposizioni generali del processo civile, segnatamente l'art. 152 c.p.c.; su questa preclusione S. Menchini e A. Motto, opera citata, pagina 77. Basta evidenziare, peraltro, per far emergere la pochezza della formulazione dell'art. 140-*bis*, che sarebbe stata sufficiente, rimanendo nell'ambito della discrezionalità gestoria della causa attribuita al giudice, la fissazione *ex lege* di termini massimi ovvero minimi deputati a tratteggiare un cronoprogramma flessibile e adattabile da parte del giudice (ad esempio, il già richiamato art. 669 *sexies* c.p.c. prevede che il giudice fissi l'udienza di comparizione delle parti entro un termine non superiore a quindici giorni e uno perentorio, non superiore a giorni otto, per la notificazione del decreto).
Sul procedimento in esame P. Comoglio, *"L'azione di classe italiana: valutazioni di efficienza*" in "*Diritto pubblico comparato ed europeo*", il Mulino editore, 1/2015, pagina 1122, considerava l'art. 140 *bis* non un rito speciale ma un'azione ordinaria promossa da soggetti con una particolare legittimazione ad agire. Questa ricostruzione, pur nascendo allo scopo di sottolineare la deprecabile scelta del legislatore sulla irretroattività della riforma, non è pienamente convincente, dacché, anche se il rito ordinario rimane la base di riferimento della nuova disciplina, erano innegabili le affinità con il rito cautelare uniforme e, in generale, l'anelito del legislatore verso un rito diversificato, più celere e flessibile. Si consideri, poi, che la particolare legittimazione ad agire dei promotori di una azione di classe figurava in concreto solo per le domande intentate da associazioni rappresentative di categoria. V. Tavormina, "*La nuova class action: il coordinamento con la disciplina del codice di procedura civile*" in "*Obbligazioni e Contratti*", 4/2010, pagina 248, si spingeva addirittura a sostenere che l'art. 140 *bis* fosse a tutti gli effetti un rito ordinario con l'aggiunta, a monte, di un vaglio di ammissibilità, ricostruzione, questa, che, oltre a obliterare *in toto* le ragioni della riforma, trascurava le norme attributive di poteri giudiziali chiaramente direttivi e, in parte, lontani dalla conformazione del rito ordinario. Sulla stessa linea di pensiero si poneva in parte S. Boccalatte, "*La classe non è action*" in "*IBL Briefing Paper*" consultabile sul sito www.brunoleoni.it, pagina 18, il quale definiva il procedimento di classe novellato nel 2009 come una modalità alternativa di intervento volontario di terzo nel processo civile. Tale ricostruzione confliggeva con il concetto di classe sottostante alla disciplina dell'art. 140-*bis*, ancorché sprovvisto di una definizione legislativa, e soprattutto con quanto affermato dall'Autore poco prima, il quale descriveva i poteri istruttori del giudice come assoluti e dalla potenza inusitata, capaci di plasmare regole processuali in materia istruttoria (sul punto, peraltro, si condivide il giudizio dell'Autore sulla scelta azzardata e inconsapevole delle conseguenze dirompenti che sarebbero potute discendere da una istruttoria deformalizzata).

[117] Questa preclusione era stata elaborata dal legislatore al fine consentire l'ordinato svolgimento del processo, senza il rischio che lo stesso divenisse ingestibile a causa della sovrapposizione di diverse pretese; in questi termini A. D. De Santis, "*La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e alle tecniche inibitorie e risarcitorie*", citata, pagina 636. In teoria, però, visto il difetto di un divieto esplicito in tal senso, doveva considerarsi ammessa la chiamata di terzo da parte del convenuto in giudizio, in tal senso M. Bove, opera citata, pagina 2. Ed invero la esigenza di una trattazione ordinata e fluida di una azione di classe non avrebbe comunque potuto prevalere sulle esigenze di difesa del convenuto, specialmente se si considera che una difesa sicuramente spendibile, ad esempio in materia antitrust, è quella della denegazione della propria legittimazione passiva, mediante la strategia del *passing on* difensivo, ovverosia della avvenuta traslazione del sovrapprezzo asseritamente pagato. In generale, sulla ammissibilità della chiamata di terzo in un giudizio di classe Trib. Napoli, decr. 31 maggio 2010 in "*Giusto proc. civ.",* 2010, pagina 815 e ss., Trib. Milano ord. 20 ottobre 2011, consultabile sul sito www.aduc.it, Trib. Roma 10 maggio 2016, n. 9381, Trib. Roma 17 maggio 2016, n. 9955 (entrambe richiamate da F. De Dominicis, "*I numeri e lo Stato dell'arte dei primi dieci anni di vita dell'istituto*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 267). Tale chiamata è volta a consentire al convenuto di spiegare pienamente il proprio diritto di difesa, garantire l'economia processuale, evitare, in ultima istanza, giudicati disomogenei.

[118]Inoltre, con un significativo restringimento delle sedi giurisdizionali competenti, per la Valle d'Aosta era competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia quello di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria quello di Napoli. T. Galletto, "*L'azione di (seconda) classe (considerazioni sul novellato arti. 140 bis del Codice del Consumo*)" in "*NGCC*", 2009, pagina 543, valutava positivamente la concentrazione delle sedi competenti, al fine di perseguire l'omogeneità degli orientamenti giurisprudenziali.

Nella ipotesi di accoglimento della domanda, il tribunale pronunciava sentenza di condanna con cui liquidava, ai sensi dell'articolo 1226 c.c.[119], le somme definitive dovute agli aderenti[120] oppure stabiliva il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di

L'individuazione del foro dell'impresa convenuta quale criterio determinativo della competenza consentiva maggiore certezza, evitando il rischio di sussistenza di plurimi fori competenti; si veda al riguardo A. D. De Santis, opera citata, pagina 671. Problematico, però, era il mancato riferimento alla sede legale ovvero effettiva dell'imprenditore. F. Santangeli e P. Parisi, opera citata, pagina 31, reputavano si trattasse della sede legale, non essendo presa in considerazione la sede sociale o effettiva neppure dall'art. 19 c.p.c., ma prospettandosi, in questo modo, i pericoli di *forum shopping* da parte delle imprese, mediante lo spostamento della sede legale. *Contra* S. Mechini-A. Motto, opera citata, pagina 24, secondo i quali la sede dell'impresa cui si riferiva l'art 140-*bis* sarebbe stata anche quella effettiva, dacché, se l'intenzione del legislatore fosse stata quella di riferirsi esclusivamente alla sede legale, tale scelta sarebbe stata esplicitata chiaramente, come avvenuto con l'art. 25 comma 1 d.lgs. 5/2003. Ove l'impresa convenuta fosse stata straniera, ancorché esercente attività economica in Italia, avrebbe dovuto trovare applicazione il Regolamento n. 44/2001/CE, e segnatamente l'art. 5 nelle ipotesi di responsabilità extracontrattuale, il luogo dell'evento dannoso o la condotta lesiva si fossero verificati nel territorio nazionale; in questi termini, F. Santagada, opera citata, pagina 4, e I. Pagni, "*L'azione di classe del nuovo arti. 140 bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*" in "*Diritto civile*", 4/2010, pagina 204. Metteva in guardia, invece, dal fenomeno di forum shopping nell'eventualità in cui il legislatore avesse scelto il foro dei consumatori quale criterio determinativo della competenza F. Santagada, "*Il processo di classe davanti ai tribunali macroregionali*" in "*Giust. Civ.",* 9/2010, pagina 434. In generale, però, la riduzione dei fori competenti rischiava di disincentivare ulteriormente la proposizione di azioni di classe, soprattutto in un contesto in cui mancava il processo civile telematico. *Contra* F. Santangeli e P. Parisi, opera citata, pagina 30, secondo i quali la competenza giudiziale riformata nel 2009 avrebbe posto le basi, stanti le maggiori difficoltà ad agire, per la proposizione delle sole pretese fondate, tutelando così la posizione delle imprese. Questa considerazione non sembra in realtà avallabile, specialmente per il fenomeno soprarichiamato degli investimenti massivi ad opera delle parti abituali dei processi finalizzati a scoraggiare le domande giudiziali. D'altra parte, però, era apprezzabile la riconduzione della cognizione delle azioni di classe al giudice collegiale, trattandosi di controversie particolarmente complesse, e sul piano della componente soggettiva e su quello degli accertamenti fattuali e giuridici. Questa scelta normativa, poi, grazie al diritto della concorrenza, è sfociata nella attribuzione della competenza sui procedimenti collettivi disciplinati dal titolo VIII *bis* del c.p.c. ai tribunali delle imprese (per le controversie antitrust, peraltro, soltanto delle città di Roma, Milano e Napoli).

[119] La determinazione in via equitativa del danno assumeva qui un ruolo di primo piano, così M. Bove, opera citata, pagina 9, e R. Poli, "*Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe*" in "*Rivisita di diritto processuale*", 2012, pagina 51. Diversa l'opinione di A. D. De Santis, opera citata, pagina 747, il quale richiamava orientamenti giurisprudenziali della Corte di legittimità, secondo cui può ricorrersi al disposto dell'art. 1226 c.c. solo quando il giudice, con congrua motivazione, reputi l'accertamento peritale volto alla determinazione del *quantum* risarcitorio inidoneo a tale scopo, occorrendo, dunque, la impossibilità o la estrema difficoltà di provare l'ammontare del danno. In considerazione delle indiscutibili difficoltà in fase di determinazione dei danni, F. Santangeli e P. Parisi, opera citata, pagine 29-30, proponevano la creazione di sottogruppi in seno alla classe al fine di agevolare l'operato del giudice; così anche F. Santadaga, opera citata, pagina 441, e P. Fiorio, "*L'azione di classe nel nuovo art. 140bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori"* citata, pagina 42. Sulla opportunità di frazionare la classe in sottogruppi, con riferimento però alla presenza di questioni non comuni a tutti i componenti della classe, ma, comunque, afferenti ad una parte di questi, si veda anche A. Giussani, "*Aggregazione di cause e aggregazione di questioni nel contenzioso di serie*" in "*Rivista Trimestrale del Diritto e della Procedura Civile*", 4/2016, pagina 1221. Per quanto appetibile e, in potenza, concretamente praticabile, quantomeno in potenza, alla luce dell'esperienza statunitense in tal senso, questa soluzione non poteva esser avallata. Ed invero, pur essendo descritta dall'art. 140-*bis* una procedura destrutturata e atipica, con ampi poteri del giudice, questi poteri non potevano comunque spingersi a sperimentazioni di tal fatta, perché estranee alla cultura giuridica ordinamentale e necessitanti di un confronto dialettico tra le parti che avrebbe appesantito il procedimento tutto. Indubbiamente, tale partizione della classe avrebbe agevolato le difese del convenuto, consentendogli di conoscere chiaramente le dimensioni della classe, non potendosi, però, escludere la facoltà – donde l'appesantimento citato- della parte resistente, del proponente e degli aderenti di contestare la stessa.

F. Santagada, opera citata, pagina 437, rimarcava anche come fosse altamente improbabile che nella domanda introduttiva fosse contenuta una quantificazione, seppur approssimativa, delle somme richieste a titolo risarcitorio.

[120] L'intenzione del legislatore, dunque, sembrava essere quella di discostarsi dal precedente modello strutturale scolpito nell'art 140-*bis*, in favore di un procedimento monofasico, ovverosia terminante con una sentenza contenente, oltre all'accertamento della responsabilità dell'impresa convenuta e dei diritti fatti valere dalla classe,

dette somme[121]. La sentenza diveniva esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione[122] e faceva stato anche nei confronti degli aderenti, fatta salva, ovviamente, l'azione individuale dei soggetti che non avevano aderito.

Particolarmente problematica era la totale mancanza di una disciplina della fase di impugnazione avverso la decisione di merito, dal momento che la legge si limitava a prevedere che, nell'ipotesi di richieste di sospensione della esecutività della sentenza[123], la Corte di appello dovesse considerare l'entità complessiva della somma gravante sul debitore, il numero dei creditori, nonché le connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame[124].

Al fine di una corretta gestione processuale, poi, era preclusa la proposizione di ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice con ordinanza[125]. Le azioni proposte entro detto termine venivano riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale ovvero il giudice successivamente adito avrebbe dovuto ordinare la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice[126].

---

la condanna a un *quantum* risarcitorio. F. Santangeli e P. Parisi, opera citata, pagina 63, evidenziavano come, a seguito della riforma del 2009, il giudizio di classe si sarebbe tendenzialmente concluso proprio in un'unica fase.

[121] In quest'ultima ipotesi ci si trovava di fronte ad una sentenza di condanna generica e si assisteva ad una biforcazione del giudizio, dal momento che il proponente e gli aderenti, forti di una pronunzia di merito loro favorevole e attestante la responsabilità del convenuto, avrebbero potuto agire per la determinazione individuale del risarcimento con significative agevolazioni sul piano probatorio. D. Dalfino, "*Forme di tutela e oggetto del processo*" in "*Class action e azione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla L. 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di U. Ruffolo, Milano, 2021, pagina 32, metteva in luce, opportunamente, ferma la attestazione di responsabilità, la non vincolatività del criterio di calcolo di cui sopra nei giudizi individuali di seguito, trattandosi al più di direttive e linee guide di massima, suscettibili però di disapplicazione in considerazione delle concrete risultanze del processo individuale.

[122] Ai fini di incentivare il celere e spontaneo adempimento della parte soccombente, la legge prevedeva che i pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo fossero scevri di ogni incremento, non essendo dovuti accessori previsti dalla legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza.

[123] Il cui presupposto era ovviamente la proposizione di una impugnazione, sprovvista però di una disciplina.

[124] Proprio per evitare inconvenienti nelle ipotesi di obblighi restitutori, ad esempio nella evenienza di riforma in appello di una sentenza favorevole alla classe, la Corte poteva disporre che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la somma complessivamente dovuta dal debitore venisse depositata e rimanesse vincolata nelle forme ritenute più opportune (verosimilmente tramite l'accredito in un conto della procedura collettiva).

[125] D. Amadei, opera citata, pagina 214, parlava di effetto consumativo di azioni di classe fondate sui medesimi fatti e direzionate nei confronti dello stesso soggetto, con riferimento a suddetto termine per le adesioni, salvo i casi, ovviamente, di chiusura del processo con sentenza di mero rito o di estinzione.

[126] Sul punto in dottrina si fronteggiavano posizioni contrastanti. Da una parte, consentire la pendenza contestuale di più azioni di classe avrebbe potuto aumentare la competitività tra i proponenti, specialmente al fine di raccordare le adesioni, e, in ultima istanza, l'effettività della tutela; in questo senso si veda A. Giussani, "*L'azione di classe risarcitoria nell'art. 140 bis Cod. Cons.: dalla Legge finanziaria 2008 al D.D.L. Sviluppo 2009*"in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe"*, citata, pagina 41. Tuttavia, la scelta di segno contrario del legislatore della novella era verosimilmente volta a razionalizzare il processo civile e l'impiego di risolte giurisdizionali, oltre

In modo lapidario, infine, in tema di procedure transattive[127], l'art. 140-*bis* codice consumo stabiliva che le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicavano i diritti degli aderenti che non avevano prestato espresso consenso[128]. I diritti degli aderenti erano, inoltre, fatti salvi nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo.

---

che a non aggravare eccessivamente la posizione della parte resistente. Tale finalità, però, era in concreto conseguita con un effetto consumativo delle iniziative di classe decisamente critico; al riguardo F. Santangeli e P. Parisi, opera citata pagina 53, e F. Santagada, opera citata, pagina 442, i quali evidenziavano opportunamente come un tal effetto paralizzante o, volendo, escludente, trovava un razionale fondamento soltanto nei sistemi adesivi di opt-out, e non già nel meccanismo di adesione scelto dal legislatore. Si poneva quindi il rischio di ledere i diritti di consumatori e utenti che non avessero preso conoscenza di una iniziativa collettiva con possibilità di aderire, tutela la quale, scaduto il termine per le adesioni, sarebbe stata preclusa. P. Fiorio, "*L'azione di classe nel nuovo art. 140bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori"* citata, pagina 57, evidenziava poi un ulteriore rischio scaturente da suddetto potere consumativo, ovverosia quello di una *mala gestio* del processo di classe già avviato. E tale gestione scorretta non era concretamente sanabile proprio in considerazione della improponibilità di ulteriori azioni di classe fondate sul medesimo titolo e direzionate avverso il medesimo soggetto. In ultima istanza, dunque, si profilava un limite all'accesso alla giustizia. In un'ottica eminentemente pragmatica e processuale, poi, si prospettava, nelle ipotesi di riunione ovvero di riassunzione della seconda causa innanzi al giudice prioritariamente adito, un vero e proprio nodo gordiano. Riunite le cause innanzi ad un unico Tribunale sarebbe stato necessario, in teoria, assoggettare ogni singola domanda al vaglio di ammissibilità; per questa soluzione, al fine di evitare una irragionevole disparità di trattamento tra le diverse iniziative, F. Santangeli- P. Parisi, opera citata, pagina 41. Conseguentemente, però, si sarebbe così configurato un processo litisconsortile; si veda in tal senso I. Pagni, opera citata, pagina 2041, evenienza, questa, forse inevitabile ma in totale contraddizione con la *ratio* della *class action*, ché avrebbe reso quasi ingestibile un processo già intrinsecamente complesso sul piano oggettivo. A. D. De Santis, opera citata, pagina 773, notava peraltro come questo sistema di congiunzione di azioni di classe potesse essere un modo per l'aderente di aggirare il divieto di intervento nel processo, potendo questi proporre tempestivamente una domanda, nel lasso temporale fissato dal giudice per le adesioni, confidando nella riunione alla prima iniziativa processuale. È evidente, quindi, come fosse altamente probabile il sovraffollamento processuale, che il legislatore del 2009 voleva scongiurare proprio con il divieto di intervento *ex* art. 105 c.p.c. T. Galletto, opera citata, pagina 545, criticava lo sbarramento temporale previsto per le altre iniziative di classe, reputandolo eccessivamente rigido, dacché potevano risultare precluse ulteriori e più fondate azioni rispetto a quella per prima incardinata.

[127]Sulla importanza di accordi di tipo transattivo e conciliativo in seno alle azioni collettive risarcitorie, nonché della loro regolamentazione A. Giussani, opera citata, pagine 88-97. In particolare, l'Autore sottolinea i rischi connessi alla carenza di informazioni sulla causa e sulle probabilità di successo della stessa, consistenti nella accettazione di accordi non favorevoli per la classe, bensì per il solo resistente, con conseguente effetto di sottodeterrenza, portando l'esempio del modello statunitense. Quest'ultimo, proprio per i rischi nominati, è contraddistinto da un controllo del giudice sull'accordo in termini di equità, nonché dalla facoltà per i componenti della classe di contestare la proposta conciliativa ed esercitare il diritto di recesso ovvero, in alternativa, di impugnare la pronunzia di omologa. In questo modo la conciliazione si atteggia ad efficiente strumento di risoluzione delle controversie collettive, senza reiterare la sperequazione delle forze di contrattazione tra parti occasionali e parti abituali delle stesse.

[128] In dottrina è stata evidenziata la totale mancanza di procedure e di tentativi di conciliazione antecedentemente alla azione di classe e durante la sua pendenza, così A. D. De Santis, opera citata, pagina 553; F. Santangeli, *Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento con gli altri strumenti di tutela collettiva*" in "*judicium.it*", pagina 16. Quest'ultimo Autore, guardando all'esperienza statunitense, ove la conclusione fisiologica dei procedimenti collettivi è proprio la stipula di accordi transattivi, evidenziava anche il difetto di qualsivoglia controllo da parte del giudice su eventuali accordi transattivi. F. Santangeli e P. Parisi, opera citata, pagina 55, poi, alla luce dell'oggetto del giudizio, costituito dai diritti individuali e non già esclusivamente dagli interessi collettivi, reputavano plausibile la strada delle transazioni parziali, ovverosia involgenti soltanto alcune delle posizioni fatte valere con l'azione di classe. Proposta, questa, certamente plausibile in considerazione del silenzio della legge al riguardo. M. De Cristofaro, "*L'azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali*" in "*Resp. Civ. e prev*", citata, pagina 1945, rimarcava come, a fronte di un potenziale esplicito dissenso da parte degli aderenti, la definizione transattiva del processo non presentasse in concreto alcuna appetibilità per l'impresa.

Dal contenuto della riforma emergevano criticità tali da depotenziare in radice la applicazione dell'istituto di nuova creazione[129]. Si fa riferimento: alla richiesta di identità di diritti di consumatori e utenti fatti valere in giudizio, con evidenti ristrettezze applicative; agli elevati costi processuali posti a carico del proponente, dovendo questi, nell'ipotesi di superamento della fase di ammissibilità, adempiere all'onere di pubblicizzare il provvedimento (una ordinanza), nei modi ritenuti più opportuni dal giudice, per raccogliere le adesioni; alla difficoltà pratica di formale deposito di queste ultime; al persistente limitato ambito di applicazione dell'istituto[130]; al filtro di ammissibilità. Con riguardo a quest'ultimo profilo occorre evidenziare come la valutazione di ammissibilità di una azione di classe, e con essa le ragioni determinanti la inammissibilità, si ispirassero al sistema statunitense della *certification*[131]. Quest'ultimo

[129] Al riguardo può evidenziarsi, ad esempio, la totale assenza di incentivi volti alla proposizione delle azioni di classe. In particolare, pur essendo stata introdotta la legittimazione individuale di singoli consumatori e utenti, non era comunque possibile immaginare un conseguente protagonismo degli studi legali, i quale avrebbero potuto essere indotti ad approcciarsi con un'ottica imprenditoriale al contenzioso seriale, ma soltanto nella prospettiva di un compenso premiale ovvero di una percentuale sul *quantum* eventualmente liquidato dal Tribunale, elementi, questi, però totalmente pretermessi dalla novella. Inoltre, prevedere che l'eventuale incremento del compenso dell'avvocato ricada sul convenuto soccombente consentirebbe la creazione di un assetto in cui gli studi legali che perseguono e coltivano domande apparentemente fondate dovrebbero poi ottenere un ritorno economico di tipo premiale, dacché contribuiscono alla attuazione del diritto sostanziale; su questa opportunità in A. Giussani, "*Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*" citata, pagina 102.
Sul fatto che l'assenza di una condanna del convenuto al risarcimento dei danni punitivi non offrisse grandi opportunità di profitti per i difensori, F. Santangeli-P. Parisi, opera citata, pagine 18-19.

[130] Riguardo alla limitazione della tutela al solo ambito consumeristico, in senso critico E. Corapi "*Appunti sull'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo della class action nella legge di riforma*" in "*Liber amicorum Giudo Alpa*", a cura di F. Capriglione, CEDAM, 2019, pagina 483, e G. Afferini, "*Recenti sviluppi nell'azione di classe*" in "*Contratto e impresa*", 6/2013, pagina 1275; P. Fiorio, " *L'azione di classe nel nuovo art. 140bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*" citata, pagine 22-23*;* F. Santangeli, opera citata, pagina 19, F. Santangelo e P. Parisi, opera citata, pagina 73.
In aggiunta, mentre l'art. 140-*bis,* antecedentemente alla riforma, faceva riferimento alle somme spettanti a seguito di illeciti extracontrattuali, la riforma del 2009, sempre nell'ambito del diritto consumeristico, in chiave però più restrittiva, consentiva l'azione di classe, nell'alveo della responsabilità extracontrattuale esclusivamente nelle ipotesi di danno da prodotto difettoso, di pratiche commerciali scorrette e di condotte anticoncorrenziali, come evidenziato da M. Orlandi, "*Diritti individuali e azione di classe*" in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010, pagina 100, e C. Di Marzo, opera citata, pagina 441. E tale previsione, unitamente agli elevati costi di pubblicizzazione dell'azione di classe e alla richiesta identità delle posizioni soggettive fatte valere in giudizio, non faceva altro che depotenziare massivamente le prospettive di applicazione di una tutela aggregata, specie in chiave di deterrenza.

[131] Sulla *certification* negli Stati Uniti, si vedano diffusamente A. D. De Santis, opera citata, pagine 236-248 e 555-556, G. Scarchillo, opera citata, pagine 20-45, P. Mazzina, pagine 4-6, N. Trocker, "*La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*" in "*Riv. Dir. Proc*.", 2020, pagine 757-777, D. Vanni, "L*a class action e la funzione di deterrenza degli illceiti civili in prospettiva comparatistica*" in "*ildirittoamministrativo.it*", 2010, pagine 153-155, P. Fava, "*L'importabilità della class action in Italia*" citata, pagine 188-191, G. P. Miller, "*Punti cardine in tema di class action negli Stati Uniti e in Italia*" in "*Analisi Giuridica dell'Economica*", 1/2008, pagine 216-218, L. Ferrarese, "*Le norme statunitensi sulle azioni collettive: analisi comparativa con la normativa italiana e spunti di riflessione*" in "*La responsabilità civile*", 2008, pagine 748-750.Ai fini della proponibilità delle *damages class actions*, oltre ai requisiti di cui si dirà, occorrono altresì la *predominance* delle questioni comuni su quelle individuali e il fatto che l'azione di classe costituisca il più idoneo ed efficiente strumento per la definizione del contenzioso.

richiede, ai fini della proponibilità delle *damages class acitions*, la *numerosity*[132], la *commonality*[133], la *typicality*[134] e la *adequacy*[135]. Nella normativa italiana suddetti requisiti trovavano il loro corrispondente, non potendosi però sottacere due profili critici al riguardo. Il primo, da una specola generale, atteneva alla formulazione dei motivi di inammissibilità prescelta dal nostro legislatore[136], la quale si configurava come eccessivamente ariosa e necessitante, per questa ragione, di una interpretazione

[132] Si richiede che il gruppo dei soggetti portatori di interessi affini sia particolarmente numeroso. In concreto si tratta di un requisito vago, malleabile e suscettivo di diverse interpretazioni, non esistente, però, nell'art. 140-*bis*. F. Santangeli e P. Parisi, opera citata, pagina 36, evidenziavano la criticità del difetto di una soglia quantitativa minima per l'ammissibilità della azione di classe. In verità, ancorché un requisito di tal fatta potrebbe consentire al giudice di considerare la domanda non manifestamente infondata, lo stesso si atteggerebbe a massiccio disincentivo alla attivazione di un procedimento di classe con meccanismo adesivo di opt-in, rendendo l'istituto in esame, già privo di una significativa applicazione pratica, ancor più rigido.

[133]Si richiede la sussistenza di questioni di fatto e di diritto comuni a tutta la classe. Nell'ordinamento giuridico italiano, tale comunanza di questioni era (ed è ancora oggi) materialmente consustanziale alla *ratio* delle azioni di classe.

[134] Ossia la medesimezza tipologica tra la domanda del proponente e le pozioni soggettive dei componenti della classe. Tale requisito era (ed è tuttora) assimilabile, unitamente a quello della *commonality*, alla omogeneità dei diritti fatti valere in giudizio.

[135] Il proponente deve cioè rappresentare adeguatamente e correttamente gli interessi della classe. Le Corti statunitensi sono cioè chiamate prioritariamente a valutare le risorse economiche del proponente e la strategia processuale da questi imbastita, nonché l'esperienza dell'avvocato in materia di *class action*, così G. Scarchillo, opera citata, pagina 30. Probabilmente questo è il requisito più fedelmente trasfuso dal legislatore della riforma nell'art. 140-*bis*. E ad esso, peraltro, è riconnettibile *in toto* anche il motivo di inammissibilità del conflitto di interessi, trattandosi di una chiara manifestazione della inadeguatezza del proponente. F. Tedioli, "*Class action all'italiana atto secondo: un cantiere ancora aperto*" in "*Obbligazioni e contratti*", 12/2009, pagina 1003, oltre alle risorse finanziarie del proponente, richiamava, quale indice di adeguatezza, la disponibilità di elementi di prova convincenti, quali perizie sul nesso di causalità, e, in generale, la capacità di offrire serietà e rappresentatività. Più in generale, possiamo aggiungere che la adeguatezza rappresentativa del proponente poteva essere ricongiunta alla sussistenza di una strategia processuale chiara e priva di contraddizioni. P. Fiorio, "*L'azione di classe nel nuovo art. 140bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*" citata, pagina 17, non riconosceva invece autonoma rilevanza al requisito di ammissibilità in esame, intendendolo quale mero rafforzativo della necessaria assenza di conflitti di interessi. La posizione dell'Autore si attagliava alla necessità di favorire l'accesso alla giustizia dei consumatori e al fatto che sarebbe stato anomalo verificare l'idoneità finanziaria del difensore. Si tratta di una tesi non meritevole di accoglimento, dal momento che il concetto di adeguata cura degli interessi della classe è decisamente più ampio rispetto alla insussistenza di conflitti di interessi, donde la specifica e autonoma previsione legislativa sul punto. E del resto, quest'ultima ricostruzione appare avvalorata dal riconoscimento della legittimazione ad agire al singolo consumatore e/o utente, di cui -alla stregua di quanto avviene, ad esempio, per le associazioni- occorre necessariamente accertare le capacità rappresentative nei riguardi della classe. E suddetto accertamento non poteva (e non può tuttora) che fondarsi su fattori pragmaticamente utili e rilevanti, quali appunto le risorse finanziarie e la strategia processuale imbastita dal ricorrente, indici della affidabilità e della serietà di quest'ultimo.

Sulle difficoltà dottrinarie di qualificazione giudica di tale requisito A. D. De Santis, opera citata, pagine 712-713. Nello specifico, ove la si consideri una questione di merito, spetterebbe alla controparte rilevare suddetta inadeguatezza in via di eccezione; d'altra parte, invece, si potrebbe sostenere che si tratti una questione attinente alla fase di ammissibilità, che precede il merito e, conseguentemente, sarebbe rilevabile d'ufficio.

Peraltro, l'adeguatezza a curare gli interessi si doveva considerare presunta se ad agire era un'associazione rappresentativa, cui era stato dato mandato di promuovere l'azione, iscritta nell'elenco delle associazioni di consumatori e utenti di cui all'art. 137 cod. cons., in questo senso si veda G. Afferini, "*Recenti sviluppi nell'azione di classe*" in "*Judicium.it*", pagina 6, e A. D. De Santis, opera citata, pagina 713, nonché alcune pronunzie (Corte App. Torino 23/09/2011, Trib. Napoli 9/12/2011, App. Napoli 29/06/2012).

[136] P. Comoglio, opera citata, pagina 1126, notava, anche con riferimento alla riforma del 2012, come i motivi di inammissibilità fossero laconici e difettassero di parametri specifici cui ancorare un giudizio di inammissibilità.

chiarificatrice da parte della giurisprudenza[137]. Restringendo la visuale di osservazione, il secondo aspetto problematico riguardava la causa di inammissibilità della manifesta infondatezza. Tralasciando la formulazione forse semplicistica[138] della norma, sembrava materialmente difficoltoso compiere una valutazione di tal fatta in un momento in cui la classe non era ancora formata[139], stante la scelta del meccanismo di adesione dell'opt-in[140].

Pertanto, pur emergendo in modo adamantino l'intenzione del legislatore del 2009, di ravvicinare il giudizio di ammissibilità al modello statunitense della *certification*[141]- ciò nel tentativo di trovare un equilibrio tra la salvaguardia della posizione del convenuto in giudizio contro pretese pretestuose e l'effettività della tutela di diritti isomorfi[142]- la

[137] Tale criticità si acuiva per la mancata entrata in vigore della legge del 2007, venendo così a mancare qualsivoglia tipo di decisione giurisdizionale che potesse fungere da punto di partenza per l'ermeneusi e l'attuazione della riforma.

[138] Probabilmente sarebbe stato più opportuno richiamare direttamente il concetto di *fumus boni iuris*, sì da non creare equivoci sulla natura del giudizio di ammissibilità. Questo, infatti, pur essendo inevitabilmente sommario, dovendo avvenire allo stato degli atti (donde la necessità per il proponente di fornire quanti più elementi utili a sostegno della fondatezza della domanda), rischiava (e rischia tuttora) di anticipare eccessivamente il giudizio di merito. Suddetta evenienza, se in passato non sembrava porre particolari problemi, oggi –alla luce della introduzione di strumenti processuali quali l'esibizione probatoria, preposta a irrobustire la fondatezza della domanda, e della trasposizione della stessa nella Direttiva del 2020 (seppur con una formulazione confusionaria) - mette a rischio la possibilità stessa di avvalersi dell'istituto dell'esibizione probatoria. Quest'ultima, infatti, ha in un certo senso trasformato l'atto introduttivo del giudizio in un atto processuale in divenire, aperto e destinato ad arricchirsi; utilizzano l'espressione di "atto aperto" A. Zana, "*La tutela antitrust nel private enforcement: profili processuali*" in "*Il private antitrust enforcement nelle Corti milanesi: una prospettiva europea*" a cura di M. Codinanzi, J. Alberti, F. Croci, 2020, pagina 30, e M. De Cristofaro "*Innovazioni e prospettiva nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement*" in "*NLCC*", 2018, pagina 549

[139] P. Comoglio, opera citata, pagina 1126.

[140] La valutazione di manifesta infondatezza, dovendo avvenire allo stato degli atti, ossia senza la possibilità di espletare attività istruttorie, si configurava come sommaria, di *prima facie*, e, quindi, di tipo prognostico. C*ontra* S. Boccalatte, "*La classe non è action*" in "*IBL Briefing Paper*" consultabile sul sito www.brunoleoni.it, pagina 8, riteneva che la valutazione di ammissibilità della domanda dovesse avvenire con una istruttoria piena. Tale ricostruzione, però, tradiva la *ratio* del filtro e anticipava eccessivamente il giudizio di merito.
Di contro, negli Stati Uniti d'America, nella fase antecedente alla *certification* la Corte ha il potere di acquisire informazioni specifiche; in tal senso si veda A. D. De Santis, opera citata, pagine 700-705, il quale, nel contesto della prognosi di successo dell'iniziativa collettiva, riteneva dovesse considerarsi anche il numero di adesioni ovvero l'assenza delle stesse. Anche R. Caponi, "*Litisconsorzio aggregato. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*" in "*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*", 2008, pagina 836, e S. Menchini, "*La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria"* in "*Giusto proc. civ*.", 2008, pagina 58, reputavano dovesse considerarsi il numero di adesioni ai fini del giudizio della ammissibilità della azione di classe. *Contra* A. Giussani, "*L'azione di classe: un primo bilancio*", pagina 1186, il quale, oltre a evidenziare l'assenza di indici normativi da cui desumere un tale requisito quantitativo, richiamava altresì pronunce giurisprudenziali ammissive di iniziative collettive, seppur in presenza di una singola adesione; si vedano in questo senso Trib. Napoli, ord. 9 dicembre 2011, consultabile su www.ilcaso.it, e Trib. Milano, 13 marzo 2012, consultabile su www.ilcaso.it.

[141] F. Santangeli e P. Parisi, opera citata, pagina 39, pur riconoscendo tale ravvicinamento di disciplina, sottolineavano come elemento marcatamente differente, tra la riforma del 2009 e il modello statunitense di *class action*, rimasse la ampiezza dei poteri del giudice.

[142]Salvaguardia in concreto assicurata dal giudice nell'ordinanza di ammissibilità che delineava i caratteri e i confini della classe.

generale costruzione di suddetto filtro preliminare si configurava più come un pantano[143] da cui era difficile per l'azione di classe fuoriuscire[144].

Decisamente critiche erano anche la previsione secondo cui, con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regolava le spese anche ai sensi dell'articolo 96 c.p.c., oltre a ordinare la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente[145], e la generale costruzione delle fasi di trattazione e istruzione del procedimento[146]. Mancavano poi

[143] Le difficoltà applicative della fase filtro emergevano con riguardo alla formulazione dei requisiti di ammissibilità e in termini di onere della prova degli stessi. Quest'ultimo ricadeva, infatti, sull'attore, proprio in considerazione del difetto, in capo al giudice adito, di poteri pervasivi di accertamento in tal senso; così A. D. De Santis, opera citata, pagina 698. Tuttavia, ancorché tale ricostruzione apparisse necessitata quantomeno con riferimento al parametro della adeguatezza nella cura degli interessi della classe, risultava d'altra parte altamente critica prendendo in considerazione il requisito della non manifesta infondatezza. Ed invero non si vede come questo requisito fosse materialmente dimostrabile in assenza di strumenti di esibizione probatoria atti a far emergere una parvenza di verosimiglianza delle posizioni soggettive fatte valere.

[144] G. Afferini, "*Class action in Italy: a farewell to America"* citata, pagina 41, con precipuo riferimento, peraltro, alla eventuale ordinanza di ammissibilità, comportante spese di pubblicità decisamente esose in capo al proponente, parlava di "*class action cemetery*". Per scongiurare gli inevitabili disincentivi ad agire conseguenti proprio alla pubblicizzazione dell'ordinanza ammissiva, si sarebbe potuto prevedere che gli oneri di tale pubblicità ricadessero sull'impresa convenuta in giudizio, con obbligo per la stessa di comunicazione, in forma privata, ad ogni consumatore o utente potenzialmente ascrivibile alla classe –in base alla determinazione effettuata dal Tribunale nell'ordinanza stessa-, sì da contenere i costi e, soprattutto, evitare una diffusione della iniziativa collettiva in mercati non interessati dall'illecito, con conseguente salvaguardia dell'interesse della parte resistente; per questa proposta si vedano S. Menchini- A. Motto, opera citata, pagina 59. Un tale onere per l'impresa avrebbe salvaguardato l'immagine della stessa e, al contempo, la avrebbe responsabilizzata.

[145]Quindi, oltre ai costi, già elevati, di pubblicizzazione, in caso di ammissibilità e in caso di inammissibilità della domanda, in quest'ultima ipotesi il legislatore aveva introdotto un forte disincentivo ad agire, vista la prospettiva per il potenziale proponente di subire costi aggiuntivi. Favorevoli a questa tipologia di condanna, invece, F. Santangeli e P. Parisi, opera citata, pagina 40, i quali evidenziavano come il rinvio all'istituto dell'art. 96 c.p.c. costituisse una sorta di contraltare alla necessità per il convenuto di difendersi prontamente, già a partire dalla comparsa di risposta, in modo pieno ancor prima del giudizio di ammissibilità sulla azione, nonché in considerazione dei potenziali danni all'immagine conseguenti alla semplice pubblicizzazione della proposizione di una azione di classe. In verità, però, pur essendo fondata l'esigenza di salvaguardare la posizione del convenuto, il quale si troverebbe a essere sovraesposto in termini di sforzi difensivi, bisogna evidenziare che la sola prospettiva di una condanna *ex* art. 96 c.p.c. è in grado di scoraggiare in concreto qualsivoglia pretesa, ciò a prescindere dalla necessarietà del requisito del dolo o della colpa grave. Tale prospettiva difatti, dal punto di vista dei titolari di *small claims*, costituisce un rischio ulteriore in grado di insterilire eventuali iniziative processuali, le cui fondamenta probatorie potrebbero venir irrobustite attraverso contatti tra i potenziali danneggiati capaci di garantire la circolarità delle informazioni (circolarità che, proprio a causa della prospettiva di una condanna, sarebbe scoraggiata). Per di più, in un'ottica di opportunità e ragionevolezza, sarebbe stato congruo contemplare tale condanna anche per l'impresa, nell'ipotesi di resistenza in giudizio con mala fede o colpa grave già in fase di ammissibilità.

[146] È importante notare anche la imprecisione linguistica in cui era caduto il legislatore, da cui, però, traluceva una imprecisione concettuale. P. Comoglio, opera citata, pagina 1120, evidenziava sapientemente come la formulazione di cui al comma 11 dell'art. *140-bis* "il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti" sia la traduzione, impropria e senza adattamento alla realtà processuale nazionale, della formulazione della Rule 23 (d), disciplinante la *class action* negli Stati Uniti d'America ("*prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument*"). Nello specifico, l'Autore evidenziava come le prove non potesseo essere semplicemente presentate, venendo invece dedotte, nonché la imprecisione del termine "argomenti", trattandosi verosimilmente di argomentazioni, visto che gli argomenti di prova non sono presentati ma tratti dall'autorità giudiziaria dal contegno delle parti *ex* art. 116 c.p.c. Ad ogni modo, la norma del diritto statunitense, trova la sua *ratio* in un sistema giuridico in cui, in presenza dell'istituto della *discovery*, possono potenzialmente verificarsi abusi in materia probatoria (si pensi alle richieste di esibizione a fini esclusivamente esplorativi). Eventualità, questa, non solo totalmente aliena alla disciplina processuale nazionale al tempo della emanazione della riforma del 2009, ma di cui neppure oggi sussistono concreti

norme minime e linee generali su misure cautelari[147], giudizio di impugnazione[148] e fase esecutiva.

Successivamente, il D.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con modificazioni nella l. 24 marzo 2012 n. 27, ha apportato nuove modifiche all'istituto della azione di classe.

La precedente versione normativa dell'istituto, infatti, non aveva ottenuto i risultati applicativi sperati[149], essendosi prospettati, di contro, contrasti giurisprudenziali[150]. In particolare, in un quadro ermeneutico piuttosto frammentato, con riferimento alla promozione della azione di classe si rilevava la presenza di decisioni che richiedevano il conferimento di un vero e proprio mandato sostanziale, e non solo processuale, da parte del singolo nei confronti di associazioni rappresentative[151]; in altre pronunce, invece, si reputava bastevole il conferimento della sola rappresentanza processuale[152]. Tale ultima

rischi di verificazione. Basti pensare, al riguardo, al rigore e alla cautela con cui è stato disciplinato l'istituto dell'esibizione delle prove in materia antitrust nella Direttiva 104/2014, e nel relativo testo di recepimento nazionale, cui si è ispirato anche il legislatore della riforma del 2019, nella costruzione dell'art. 840 *quinquies* c.p.c. C. Punzi, "*L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*" in "*Rivista di diritto processuale*", 2010, pagina 262, con riferimento alla formulazione dell'art. 140-*bis* in punto di istruttoria parlava di espressioni inutilmente enfatiche, generiche e inutili, dacché ogni giudice deve assicurare, nel rispetto del contraddittorio tra le parti, la celere e sollecita gestione del processo.

[147] Sul punto si vedano F. Santangeli e P. Parisi, opera citata, pagina 69, i quali evidenziavano, ad esempio, l'utilità e l'opportunità del sequestro conservativo, in modo da arginare rischi di incapienza del patrimonio della parte resistente. Peraltro, il mancato riferimento ad una fase cautelare risultava problematico e illogico, tenuto conto del fatto che il giudizio sul *fumus boni iuris* è, in senso lato, assimilabile a quello di ammissibilità, e segnatamente al vaglio di non manifesta infondatezza della domanda proposta.

[148]Su questa lacuna F. Santagada, opera citata, pagina 434, e G. Alpa "*L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*" in "*Riv. trim. dir. proc. civ*.", 2/2010, pagina 391, S. Menchini-A. Motto, opera citata, pagina 91. Nel silenzio della legge, si poteva ritenere che il rito da applicare fosse necessariamente quello ordinario. Per la soluzione contraria, ispirata al principio della continuità tra il rito di primo grado e quello di appello, si vedano C. Storto, opera citata, pagina 21, S. Menchini-A. Motto, opera citata, pagina 92. Tuttavia, questi ultimi Autori evidenziavano correttamente anche come non sussistessero in concreto norme del primo grado da applicare nella fase di gravame, essendo la regolazione del processo, e specialmente la fase istruttoria, rimessa al solo Tribunale. *Contra*, C. Storto, opera citata, pagina 22, secondo la quale, ancorché venisse citato il solo Tribunale dall'art. 140-*bis* cod. cons. comma 11, la necessità di schemi procedimentali non rigidi e precostituiti si presentava anche in fase di appello. Ad ogni modo, sarebbe stato opportuno approntare una disciplina quantomeno con riferimento ai termini di proposizione del gravame e ai soggetti legittimati in tal senso, specialmente avuto riguardo della enigmatica figura dell'aderente, per cui si veda *infra*. F. Santangeli e P. Parisi, opera citata, pagina 68, opportunamente notavano, ad esempio, come la carenza di disposizioni positive sul giudizio di impugnazione si appalesasse con riguardo all'ipotesi in cui l'attore proponesse appello avverso la sentenza di primo grado, mentre la volontà degli aderenti fosse quella della acquiescenza. Tale scenario non aveva una valenza esclusivamente teorica e ne è prova il fatto che il legislatore del 2019 abbia avvertito l'esigenza di specificare che chi aderisce ad una azione di classe non ha poteri di impugnare la decisione di merito (in verità neppure l'ordinanza a seguito del vaglio di ammissibilità), salvi i casi di revocazione straordinaria, come espressamente previsto dall'art. 840-*decies* c.p.c., e, in teoria, l'opposizione straordinaria del terzo.

[149] Al riguardo P. Comoglio, "*L'azione di classe italiana: valutazioni di efficienza*" in "*Diritto pubblico comparato ed europeo*" citata, pagina 1117, evidenziava come lo stesso legislatore della novella del 2012 fosse consapevole della inefficacia del precedente innesto normativo, potendosi rinvenire indice di ciò nella rubrica dell'art 6 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27 ("Norme per rendere efficace l'azione di classe").

[150] Sul punto si veda G. Afferini, "*Recenti sviluppi dell'azione di classe*" citata, pagine 1-3, e F. De Dominicis, F. De Dominicis, ultima opera citata, pagine 264-265.

[151] Trib. Torino, ord. 28 aprile 2011; Trib. Torino, ord. 31 ottobre 2011, Trib. Roma 25 giugno 2012.

[152] App. Torino, ord. 23 aprile 2011; App. Torino, ord. 11 gennaio 2012.

ricostruzione, del resto, oltre a favorire una concreta applicazione dell'istituto, era probabilmente più aderente al dettato normativo, dacché oggetto del giudizio erano i diritti individuali dei componenti della classe. Conseguentemente, l'ente rappresentativo non faceva valere in giudizio un proprio diritto né un interesse collettivo o adespota, ricevendo il mandato per esigenze di organizzazione processuale e per gli elevati costi che sarebbero stati proibitivi per un proponente individuale.

Altro aspetto poco chiaro era costituito dal tipo di tutela giurisdizionale richiesta, essendo talora ritenuto necessario sia domandare l'accertamento della responsabilità dell'impresa convenuta sia la condanna al risarcimento o alle restituzioni[153]. E tuttavia, un requisito di tal fatta con riferimento alla domanda giudiziale, oltre a frustrare la funzione di economia processuale dell'istituto[154], tradiva l'intento della novella del 2009, introducendo una biforcazione che era stata immaginata dal legislatore soltanto come eventuale[155]. Indipendentemente dal quadro giurisprudenziale, poi, in concreto non risultava comunque esser stato promosso un consistente numero di azioni di classe[156]. La principale ragione per cui l'istituto di cui all'art. 140-*bis* stentava ad allignare era riconducibile al meccanismo adesivo prescelto, il quale, oltre a comportare elevati costi nell'evenienza di una ordinanza ammissiva, tutti in capo al proponente, non si configurava come efficace e appetibile per i soggetti potenzialmente danneggiati[157].

La novella del 2012, però, non è parsa concretamente risolutiva delle criticità dell'istituto[158]. Da una parte, infatti, merito del legislatore della riforma è stato quello di

[153] Trib. Roma, ord. 25 marzo 2011.

[154] In questi termini G. Afferini, ultima opera citata, pagina 2.

[155] La biforcazione in parola, peraltro, atteneva esclusivamente alla quantificazione del danno.

[156] Si vedano i dati dell'osservatorio antitrust sul sito www.osservatorioantitrust.eu, da cui emergeva la proposizione, alla data dell'1 marzo 2013, di sole 23 azioni di classe.

[157] G. Afferini, *Class action in Italy: a farewell to America*" in *The Digest, National Italian American Bar Association Law Journal"* citata, pagina 36, rimarcava come il numero di soggetti aderenti fosse insignificante. Si pensi che una causa collettiva (Trib. Milano, 20 dicembre 2010), pur essendo stata dichiarata ammissibile, era stata raggiunta esclusivamente da una iniziativa di adesione. Preme rilevare come lo scarso numero di aderenti, più che attenere alle contingenze della singola controversia, si doveva ricercare nella scelta del sistema di opt-in, il quale si presentava (e si presenta tutt'ora) come inane e futile per raccordare le *small claims*, ossia pretese risarcitorie o restitutorie dal valore particolarmente esiguo.

[158] A riprova di ciò basta esaminare i dati statici sulla proporzione di azioni di classe antecedentemente alla riforma del 2019. Tra il 2015 ed il 2019 risultavano esser state decise soltanto 23 azioni di classe, di cui 15 con ordinanza declaratoria di inammissibilità; delle restanti otto, due erano state rigettate nel merito, due accolte, quattro si erano chiuse con l'estinzione del processo. Per i dati statistici citati si vedano C. Consolo, C. Consolo, "*L'azione di classe di terza generazione*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 25, e F. De Dominicis, "*I numeri e lo Stato dell'arte dei primi dieci anni di vita dell'istituto*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 284, il quale richiamava come fossero state incardinate sessantacinque azioni di classe, di cui ben trentanove dichiarate inammissibili. L'Autore, peraltro,

eliminare il riferimento alla identità dei diritti, scolpito nel testo del 2009, potenzialmente atto a rendere ancora più asfissianti le strettoie applicative della *class action*[159]. Decisamente critico, oltre che privo di qualsivoglia spiegazione logica, invece il reingresso nell'art. 140-*bis* del concetto di interessi collettivi[160]. Persisteva, poi, la mancanza di disposizioni in materia di misure cautelari, impugnazioni, fase esecutiva, finanziamento delle azioni di classe[161]. Critica era altresì la rinnovata scelta legislativa di consentire l'applicabilità della tutela aggregata per azioni seriali esclusivamente a seguito della entrata in vigore della riforma[162].

Può affermarsi, pertanto, che l'ultimo intervento riformatore abbia apportato in concreto degli aggiustamenti a margine[163], i quali sarebbero stati verosimilmente conseguibili mediante l'applicazione giurisprudenziale dell'istituto di tutela aggregata, senza però confrontarsi in concreto con le reali pastoie e lacune che precludevano l'effettivo decollo dello stesso. E non può non evidenziarsi come le predette lacune depotenziavano in radice le prospettive applicative dell'azione di classe e fossero riconducibili ad una precisa scelta politica da parte dei legislatori delle diverse riforme[164]: il voler proteggere

---

faceva opportunamente notare come non vi fossero dati statistici esatti, dal momento che né il Ministero della giustizia né quello dello Sviluppo economico svolgevano un monitoraggio dettagliato al riguardo.

[159] In verità la giurisprudenza era già orientata a interpretare il requisito della identità dei diritti in modo estensivo, richiedendo in pratica la sussistenza della sola omogeneità. Si vedano Trib Roma, ord. 20 aprile 2012; App. Roma, ord. 27 gennaio 2012; Trib. Napoli, ord. 9 dicembre 2011; App. Torino, ord. 23 settembre 2011, nonché, in dottrina, G. Afferini "*Recenti sviluppi*" citata, pagina 6, e A. Giussani, "*L'azione di classe: un primo bilancio*" citata, pagine1180-1181.

[160] Il richiamo agli interessi collettivi appariva fuori segno in considerazione dell'oggetto del giudizio di classe, ossia i diritti individuali omogenei. Probabilmente l'intento del legislatore era quello di rimarcare l'utilità generale e, in un certo senso, diffusa di pronunzie attestanti violazioni degli illeciti plurioffensivi. E tuttavia questa tensione finalistica dell'istituto poneva difficoltà ermeneutiche e attuative relativamente alla valenza del giudicato di accoglimento nei confronti di soggetti terzi rispetto al contenzioso seriale.

[161] Con riferimento agli incentivi per gli studi legali, poi, oltre all'assenza di qualsivoglia compenso premiale, si deve dar conto del divieto di patti di quota lite *ex lege* 31 dicembre 2012, n. 247.

[162] In questo senso, in considerazione della natura dell'intervento normativo, afferente a una nuova forma di tutela e non già a diritti sostanziali, con conseguente applicabilità anche per illeciti plurioffensivi posti in essere in precedenza, S. Menichini- A. Motto, opera citata, pagina 3, e P. Comoglio, opera citta, pagina 1128. Si trattava di una scelta irragionevole e priva di reale giustificazione e, nonostante ciò, non ritenuta illegittima da parte della giurisprudenza (ord. App. Torino del 23 settembre 2011, la quale rinveniva una natura sostanziale, a mente dell'art. 2907 c.c., nella normativa in esame, e, come tale, la stessa non era ritenuta applicabile retroattivamente).

[163] Si pensi, a titolo di esempio, alla introduzione della possibilità per gli interessati alla partecipazione ad un'azione di classe di aderire anche tramite posta elettronica e fax, e sempre senza l'obbligo del ministero di un difensore. Sul punto si veda però G. Afferini, "*Recenti sviluppi nell'azione di classe*" citata, pagina 9, il quale evidenziava come la giurisprudenza (Trib. Torino, ord. 15 giungo 2012) richiedesse una firma autentica per la validità dell'atto di adesione, onere che avrebbe comunque scoraggiato la formulazione di adesioni.

[164] Al riguardo può farsi riferimento anche alla mancata predisposizione di incentivi economici concreti, atti a favorire la proporzione di azioni di classe; in questo senso, C. Consolo, "*La transazione dell'azione collettiva: difetti e pregi del sistema di opt-in adottato anche in ottica di analisi economica*" in "*Analisi Giuridica dell'Economia*", 2008, pagina 192, il quale definiva l'art. 140-*bis* cod. cons. come "*irretito…da pudori e inibizioni a trattare gli incentivi economici, senza i quali nulla del genere può carburare*". Si veda anche P. Fiorio, "*L'azione di classe nel nuovo art. 140bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori"* citata,

le imprese da un sistema di tutela aggregata realmente efficace. Di qui l'afflato regolatorio pavido, incompleto, annacquato e non incisivo[165].

3.1 I punti oscuri: l'aderente, l'omogeneità dei diritti, il giudicato.

Di difficile qualificazione da un punto di vista giuridico, nonostante le plurime novelle legislative, rimaneva l'atto di adesione, e, di conseguenza, la figura dell'aderente, che potremmo definire enigmatica. L'art. 140-*bis* cod. cons. si limitava infatti a prevedere che l'atto di manifestazione della volontà adesiva, la quale doveva essere espressa, in conformità al sistema di opt-in, dovesse contenere l'elezione di domicilio e l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria[166]. Da un punto di vista strettamente pragmatico gli aderenti non avevano poi alcun tipo di potere di iniziativa o impulso processuale, non potendo richiedere l'assunzione di mezzi di prova, sollevare questioni di sorta né effettuare controdeduzioni alle eccezioni eventualmente prospettate dalla parte convenuta. Da una parte, il fatto che le redini della strategia processuale facessero capo esclusivamente al proponente collimava con l'intenzione del legislatore di garantire fluidità nelle fasi di istruzione, trattazione e decisione della controversia, anche per una esigenza di coerenza narrativa ed espositiva degli atti processuali[167]. Di contro, però, appariva decisamente critica la

pagina 19, il, quale evidenziava come l'assenza di qualsivoglia incentivo di matrice economica precludesse ogni possibile ruolo propulsivo di avvocati e studi legali. Anche A. Giussani, "*L'azione di classe: un primo bilancio*" in "*Rivista di Diritto Processuale*", 2012, pagina 1190, individuava, tra le ragioni dell'insuccesso dell'istituto in esame, proprio la assenza di incentivi all'esercizio delle azioni. Anche F. Busbani, "*Commento alla legge n. 99 del 2009 sull'azione collettiva*" in "*GIURETA. Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*", 8/2010, pagina 281, notava come difettassero concreti incentivi e facilitazioni per il promovimento di azioni di classe.

[165] T. Galletto, opera citata, pagina 548, notava come la preoccupazione di non esporre le imprese a rischi connessi ad un sistema di azioni collettive di consumatori e utenti efficace avesse in concreto depotenziato la disciplina tutta. M. Taruffo, "*Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*", Milano, 2011, Giuffrè, pagina 40, notava come, per imperizia ovvero per precisa volontà del legislatore, l'art. 140-*bis* cod. cons. era stato costruito in modo da essere difficilmente applicabile o, comunque, largamente inefficace. A riprova di ciò, del resto, basta richiamare la scelta del legislatore delle riforme in punto di irretroattività delle novelle, , illogica e irragionevole non essendo introdotti e/o plasmati diritti sostanziali Al riguardo, P. Fiorio, "*L'azione di classe nel nuovo art. 140bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*", citata, pagina 34, reputava correttamente che la limitazione applicativa in parola non avesse una giustificazione diversa da quella di porre le imprese a riparo da un elevato numero di azioni di classe per illeciti pregressi.

[166] In teoria, si doveva trattare, in considerazione della sommarietà del giudizio-filtro di ammissibilità, nonché del difetto di qualsivoglia potere processuale per gli aderenti, soltanto di prove precostituite.

[167] Ciò, però, non implicava la facoltà dell'attore di disporre dei diritti degli aderenti, non sussistendo alcun tipo di mandato o conferimento di rappresentanza, poiché l'atto di adesione era da considerare quale mero strumento processuale di manifestazione della volontà adesiva. Strumento che, stante il sistema di opt-in, comportava la rinunzia ad ogni iniziativa giudiziale *uti singuli*, salvo che il procedimento di classe si chiudesse con una pronunzia

circostanza per cui gli aderenti fossero esautorati da ogni possibilità di confronto dialettico, specialmente nei confronti del convenuto[168]. Di conseguenza, in dottrina si immaginava la figura dell'aderente come quella di una "*absent party*"[169], ossia di una parte del processo che non compie alcun atto processuale e che, dunque, non può essere destinataria di richieste istruttorie da parte del convenuto[170]. Da questa specola, peraltro, a esser compresso non sarebbe stato soltanto il diritto al contraddittorio degli aderenti, ma anche il diritto di difesa della impresa convenuta in giudizio. Queste, infatti, non avrebbe potuto sottoporre richieste istruttorie direttamente involgenti i componenti della classe.

La qualificazione giuridica di chi manifestava la volontà di aderire ad un procedimento di classe dipendeva inscindibilmente dalla configurazione che assumeva dell'atto di adesione. Ed invero, identificando quest'ultimo quale atto con una natura negoziale, e segnatamente assimilabile ad un mandato ovvero a un contratto di prestazione d'opera, si giungeva ad affermare che l'aderente fosse una parte soltanto sostanziale[171]. E tuttavia, non si rinveniva alcun indice normativo a sostegno di questa ricostruzione. Del resto, se fosse stata questa l'intenzione del legislatore, si sarebbero rinvenute disposizioni al

di rito. L. Pelle, opera citata, pagina 963, ricostruiva la relazione tra proponete e aderenti in termini di conferimento non di una generale *legitimatio ad causam*, bensì soltanto della gestione della lite, configurandosi dunque una sostituzione processuale volontaria. Questa ricostruzione appare pregevole, posto che l'atto di adesione non conferiva un mandato al proponente. Non si poteva, però, neppure parlare di una vera e propria sostituzione processuale, dacché il proponente agiva facendo valere un proprio diritto, cui si aggrevavano le pretese soggettive degli aderenti, in base ad una manifestazione di volontà e ad una attività processuale loro proprie. In sostanza l'attore non faceva valere diritti altrui, limitandosi a elaborare una strategia processuale e gestire la controversia anche nell'interesse degli aderenti. C. Storto*, "L'appello nel giudizio di classe a tutela dei consumatori*" in "*Judicium.it,* pagina 9, ricostruiva invece il rapporto tra proponente e aderenti nei termini di sostituzione processuale *ex* art. 81 c.p.c., poiché il primo avrebbe agito a tutela dei diritti dei secondi. E tuttavia, in realtà, il proponente non era propriamente un sostituto processuale ai sensi dell'art. 81 del codice di rito, poiché agiva direttamente a tutela di una propria posizione soggettiva. E difatti la stessa Autrice notava come un ostacolo alla piena riconducibilità della relazione in parola alla sostituzione processuale fosse la non necessarietà, ai sensi dell'art. 140-*bis* cod. cons., di integrare il contraddittorio.

[168] Questi, infatti, poteva verosimilmente formulare eccezioni di tipo personale, ovverosia non afferenti a questioni di fatto o di diritto comuni a tutti i componenti della classe, bensì al singolo aderente.

[169] In questi termini F. Santangeli- P. Parisi, opera citata, pagina 5, A. Giussani, "*L'azione collettiva risarcitoria nell'art, 140 bis c. cons*." in "*Riv. Dir. Proc. Civ*.", 5/2008, pagina 1235, con riferimento al modello statunitense di *class action*.

[170] D. Amadei, opera citata, pagina 206, riteneva che il convenuto non potesse neppure contestare la adesione del singolo consumatore o utente, dal momento che tale attività avrebbe involto una pretesa soggettiva individuale e personale. In un'ottica strettamente pragmatica, poi, una tale contestazione, oltre a richiedere significativi sforzi, specie in presenza di un elevato numero di aderenti, avrebbe finito per paralizzare il processo.

[171] F. Santagada, opera citata, pagina 442, definiva l'aderente proprio come parte in senso sostanziale sprovvista di poteri processuali. *Contra* S. Menchini- A. Motto, pagina 19, secondo cui il proponete non poteva esercitare poteri processuali comportanti la disposizione di diritti controversi, quali deferire il giuramento o prestare una confessione. Nello stesso senso si veda L. Pelle, *Lo status processuale di aderente nell'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons*." in "*Rivista di dritto processuale*", 2012, pagina 971

riguardo proprio con riferimento al contenuto dell'atto adesivo[172]. Più verosimile, dunque, era la natura eminentemente processuale dell'atto di adesione[173]. E però, in considerazione del difetto di facoltà e poteri processuali in capo agli aderenti, appariva arduo attribuire ad essi la qualifica di parti[174] così come quella di terzi, stante il divieto di intervento *ex* art. 105 c.p.c. In conclusione, l'aderente era come relegato in un limbo

[172] D. Amadei, opera citata, pagina 202, notava correttamente come gli aderenti non conferissero all'attore un mandato ad agire, poiché, altrimenti, gli stessi avrebbero dovuto sostenere le spese del giudizio e, soprattutto, perché avrebbero potuto trovare applicazione le disposizioni di rinunzia o revoca del mandato *ex* art. 1723 c.c.. E queste ultime apparivano incompatibili con il meccanismo adesivo dell'azione di classe. *Contra*, sulla natura sostanziale dell'atto di adesione e sulla applicabilità delle norme sul mandato, si vedano A. Pace, "*Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova class action*" in "*Rivista di diritto processuale*", 1/2011, pagina 17, R. Caponi, "*Litisconsorzio aggregato. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*" citata, pagina 825. E tuttavia, come evidenziato correttamente da L. Pelle, opera citata, pagina 963, se si fosse trattato di un mandato il giudice non avrebbe dovuto aver alcun potere di interferire nella scelta del mandatario-rappresentante, nell'ipotesi di sua inadeguatezza (ci si riferisce alla causa di inammissibilità), e, inoltre, ricondurre il rapporto tra proponente e aderenti ad un mandato avrebbe dovuto comportare la necessità del consenso del proponente ad ogni adesione, circostanza ovviamente non contemplata dalla legge.

[173] Per questa ricostruzione F. Tedioli, "*Class action all'italiana atto secondo: un cantiere ancora aperto*" citata, pagina 1003, M. De Cristofaro, "*L'azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali"* citata, pagina 1944, G. Canale, "*Il convitato di pietra ovvero l'aderente nell'azione di classe*" in "*Riv. Diritto processuale*", 6/2010, pagina 1305, C. Storto, ultima opera citata, pagina 9, C. Consolo, "*L'azione di classe di terza generazione*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 23, parla di adesione quale atto di esercizio dell'azione ma senza una domanda giudiziale. L. Pelle, "*Lo status processuale di aderente nell'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons*." in "*Rivista di dritto processuale*", 2012, pagina 959, invece, qualifica l'adesione come una domanda giudiziale, avente *petitum* e *causa petendi,* costituendo così affermazione di un diritto e richiesta di tutela giurisdizionale. Materialmente, dunque, possiamo dire che l'atto in esame era un modo di esercitare un proprio diritto in un giudizio con una conformazione differente da quello individuale. C. Storto, opera citata, pagina 8, identificava l'adesione quale modalità particolare di azionare un diritto individuale.

A riprova della natura processuale, del resto, riteniamo deponesse il richiamo agli elementi di prova a sostegno del diritto asseritamente violato dal convenuto. Di conseguenza, però, trattandosi di atto processuale, lo stesso doveva inevitabilmente contenere ogni elemento proprio di una domanda giudiziale (e, più precisamente, di un atto di citazione, visto che il rito ordinario, salvo diversa disposizione, costituiva la base per il procedimento di tutela aggregata dei diritti individuali omogenei), e quindi *petitum* e *causa petendi*.

[174] S. Boccalatte, opera citata, pagina 12, descriveva, ad esempio, l'aderente come uno spettatore qualificato del processo, il quale vi partecipava al solo scopo di far in modo di essere destinatario degli effetti della pronunzia di merito. G. Canale, opera citata, pagina 1306, parlava invece di aderente quale parte non costituita o "spettatore muto". A. D. De Santis, opera citata, pagina 635, parlava invece di "quasi party".

processuale[175], ricoprendo una posizione non chiaramente identificabile e forse paragonabile a quella di un terzo con un interesse in causa[176].

[175] In particolare, non potendo gli aderenti porre in essere alcun tipo di attività processuale, sarebbe stato il proponente a dover far valere la nullità di atti processuali e/o a sollevare eccezioni di merito e di rito.
Dubbia era poi la facoltà in capo agli aderenti di revocare la propria adesione. Il legislatore della riforma, infatti, avrebbe potuto predisporre previsioni in tal senso, a tutela del diritto di difesa degli aderenti, specie nelle ipotesi di contrasti e divergenze di opinioni tra questi e il proponente in merito alla gestione processuale della controversia. L. Pelle, opera citata, pagina 974, notava come mancasse totalmente, nel testo della riforma, uno strumento con cui gli aderenti potessero reagire alle ipotesi di *mala gestio litis* da parte del proponente. Ad ogni modo, però, appariva altamente improbabile che il proponente, ancorché assistito da un difensore estremamente capace e diligente, potesse efficacemente far valere le ragioni di tutti gli aderenti. F. Santangeli- P.Parisi, pagina 47, escludevano la revocabilità della adesione, notando che la riforma del 2009 scolpiva una classe rigida e non suscettibile di variazioni, con il rischio di pregiudizio per il diritto di difesa degli aderenti. Sulla irrevocabilità anche A. Giussani, "*L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis cod. cons*.", citata, pagina 1235. Codeste ricostruzioni, ovviamente, sono il precipitato della configurazione eminentemente processuale dell'atto adesivo. Ove lo stesso fosse stato invece qualificato quale negozio giuridico, vi sarebbe stato uno spiraglio ermeneutico per sostenere la revoca della volontà manifestata dall'aderente; in questi termini si veda I. Pagni, opera citata, pagina 2042. E tuttavia, lo si ribadisce, l'atto facente capo a quest'ultimo non conteneva alcun conferimento di incarico o rappresentanza nei confronti del proponente. D'altra parte, approntare un tale diritto di fuga dalla classe avrebbe avvicinato il procedimento al meccanismo di *opt-out*, non prescelto dal legislatore.
In cerca di un equilibrio tra il diritto di difesa degli aderenti e quello del convenuto, ovviamente interessato a che i primi non fuoriuscissero dalla classe, in modo che la sentenza di rigetto della domanda facesse stato nei confronti di quanti più soggetti possibili, G. Canale, opera citata, pagina 1307, proponeva, in luogo della revoca, la rinunzia agli atti, in virtù di una applicazione analogica dell'art. 306 c.p.c. Nello stesso senso anche M. Bove, "*la trattazione del processo di classe*" citata, pagina 5, e L. Pelle, opera citata, pagina 969. Si trattava di una ricostruzione collimante con la natura processuale dell'atto adesivo, la quale, però, presentava un ostacolo applicativo potenzialmente insormontabile, ovverosia la necessaria accettazione della rinunzia dalle parti costituite in giudizio (per tali dovendosi intendere sia il convenuto sia il proponente). Sulla necessità di una disciplina in punto di revoca della adesione, al fine di evitare una sottrazione di tipo opportunistico ad una decisione potenzialmente sfavorevole per la classe, A. D. De Santis, opera citata, pagina 628. Contrario alla revocabilità della adesione, ma sul presupposto che il legislatore avesse perseguito una idea di entificazione della classe, M. De Cristofaro, *L'azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali*" citata, pagina 1948. F. Santangeli- P.Parisi, pagina 47, escludevano la revocabilità della adesione, notando che la riforma del 2009 scolpiva una classe rigida e non suscettibile di variazioni, con il rischio di pregiudizio per il diritto di difesa degli aderenti. Sulla irrevocabilità anche A. Giussani, "*L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis cod. cons*.", citata, pagina 1235. Codeste ricostruzioni, ovviamente, sono il precipitato della configurazione eminentemente processuale dell'atto adesivo. Ove lo stesso fosse stato invece qualificato quale negozio giuridico, vi sarebbe stato uno spiraglio ermeneutico per sostenere la revoca della volontà manifestata dall'aderente; in questi termini si veda I. Pagni, opera citata, pagina 2042. E tuttavia, lo si ribadisce, l'atto facente capo a quest'ultimo non conteneva alcun conferimento di incarico o rappresentanza nei confronti del proponente. D'altra parte, approntare un tale diritto di fuga dalla classe avrebbe avvicinato il procedimento al meccanismo di *opt-out*, non prescelto dal legislatore.
In relazione al diritto di difesa, poi, era decisamente critica la impossibilità degli aderenti di controbattere alle argomentazioni del convenuto, prospettandosi su questo frangente un significativo squilibrio in termini di poteri processuali.

[176] Questa incertezza, lungi peraltro dall'essere meramente teorico-definitoria, avendo implicazioni in termini di soggezione al giudicato, di accoglimento o di rigetto, della sentenza resa all'esito del procedimento di classe, permane tutt'oggi con riferimento alla disciplina del rito collettivo calato nel codice di procedura civile nel 2019.
Inoltre, alla luce dei massicci limiti di tipo processuale per gli aderenti, emergevano in modo adamantino i disincentivi ad aderire ad una azione di classe e, dunque, i limiti del meccanismo di *opt-in*; su quest'ultimo rilievo G. Canale, opera citata, pagina 1306. E però, in un'ottima eminentemente pragmatica, può sostenersi che suddetti limiti non fossero totalmente irragionevole, dal momento che, specialmente nelle ipotesi di micro-crediti o *small claims*, a causa dei disincentivi ad agire sopra richiamati, la *class action*, seppur con una compressione del diritto al contraddittorio, plasmava una via che conduceva alla tutela giurisdizionale le pretese seriali di modico valore. Situazione, questa, comunque preferibile rispetto a un totale immobilismo. Peraltro, la circostanza per cui gli aderenti non potessero controbattere alle deduzioni argomentative della parte resistente implicava specularmente, secondo A. D. De Santis, opera citata, pagina 646, che quest'ultima non potesse sollevare eccezioni di matrice personale, ovverosia riferite al rapporto con il singolo aderente. In tal modo, si evitava di appesantire il procedimento collettivo e si scongiuravano eventuali abusi processuali, atti a paralizzare la azione di classe.

Foriero di dubbi era poi il concetto di omogeneità dei diritti, privo di qualsivoglia definizione legislativa e inestricabilmente connesso con l'ordinanza di ammissibilità o inammissibilità, con riferimento alla quale si riscontravano incertezze in termini di regime processuale. Le posizioni soggettive di proponente e aderenti dovevano (e devono tuttora) essere isomorfe[177], cioè agguagliabili con riferimento a *petitum*[178] e *causa petendi*[179]. Conseguentemente le questioni, di fatto e di diritto, oggetto di cognizione giudiziale dovevano essere comuni a tutti i componenti della classe o, al più, superiori, in termini quantitativi, a quelle personali. In caso contrario, non sarebbe stato possibile lo svolgimento di una attività istruttoria unitaria[180] né conseguire gli sperati obiettivi di riduzione della durata dei processi e di economia processuale[181]. Ed invero, soltanto in presenza di una pletora di posizioni soggettive analoghe, poiché facenti capo a individui trovantisi nelle medesime condizioni, possono utilmente esplicarsi le funzioni della *class action*. Questo isomorfismo, poteva agevolmente dirsi accertato in presenza della unicità della condotta illecita, e ciò a prescindere dalla diversa consistenza del *petitum*, ovverosia della consistenza differente delle conseguenze pregiudizievoli[182]. Del

Tuttavia, questa posizione teorica, ancorché ispirata a esigenze di coerenza e razionalità processuale, non solo non trovava appiglio nella lettera della legge, ma si scontrava direttamente con essa, dal momento che il presupposto implicito di questa ricostruzione era la individuazione della condotta illecita dell'impresa e delle questioni, di fatto e di diritto, comuni a tutti i componenti della classe quale oggetto del processo. Circostanza, questa, non avallabile, poiché l'oggetto del giudizio e, conseguentemente, di accertamento giudiziale erano prioritariamente i diritti individuali omogenei. In verità, la ricostruzione dell'Autore si presta a trovare maggiore fondamento in seno alla riforma del 2019, nelle ipotesi di azione incardinata non dal singolo individuo, bensì da un ente rappresentativo, posto che, in quest'ultima evenienza, l'oggetto del giudizio si arresta sul terreno della condotta illecita contestata alla impresa convenuta e delle questioni fattuali e giuridiche comuni.

A riprova della impossibilità di qualificare gli aderenti come parti, basti rilevare, poi, come gli stessi fossero sprovvisti di un potere di impugnativa, sia della ordinanza che della sentenza. Sul punto, questo menomazione del diritto di difesa si intersecava con la deprecabile lacuna, cui si accennava sopra, di disposizioni sulla fase di gravame. E suddetta lacuna si appalesava, peraltro, in modo adamantino proprio considerando il difetto di poteri processuali in capo agli aderenti. Infatti, se da una parte era verosimile che il proponente impugnasse la sentenza di rigetto della domanda, era altamente improbabile, d'altra parte, che il predetto proponesse reclamo avverso l'ordinanza di ammissibilità che avesse escluso dalla classe talune posizioni soggettive, non reputate dal giudice omogenee.

[177] Si è già detto *supra* sulla opportuna eliminazione del requisito della identità ad opera della riforma del 2012.

[178] In considerazione delle prestazioni richieste, che dovevano essere riconducibili alla medesima figura giudica, così S. Menchini- A. Motto, opera citata, pagina 6, con tale dovendosi intendere la medesima tipologia di tutela giurisdizionale invocata, risarcitoria o restitutoria.

[179] Il fatto o i fatti costitutivi delle pretese creditorie dovevano scaturire dal medesimo illecito, cioè da una condotta plurioffensiva, strutturalmente idonea a incidere su una moltitudine di sfere giuridiche, arrecando nocumento.

[180] Sul punto si vedano G. Afferini, "*Recenti sviluppi nell'azione di classe*" citata, pagina 7, e Trib. Roma, ord. 11 aprile, confermata da App. Roma, ord. 27 gennaio 2012.

[181] Per questa considerazione, in chiave teleologica, si vedano S. Menchini- A. Motto, opera citata, pagina 8.

[182] Questa la considerazione di M. Natale, "*Diritti omogenei e potenziamento dell'azione di classe*" citata, pagina 119, con riferimento alle pratiche commerciali scorrette. Anche alcune pronunce della giurisprudenza escludevano che la inammissibilità della azione potesse conseguire alla diversa entità del danno subito; in questi termini si vedano Trib. Roma, 27 aprile 2012 in "*Danno e responsabilità*", 2012, pagina 1236, e S. Caporusso, opera citata, pagina 1210, per ulteriori riferimenti.

resto, l'ermeneusi e l'applicazione offerte dalla giurisprudenza con riferimento alla omogeneità si assestavano proprio sull'occorrenza di comunanza della fattispecie costitutiva, dei criteri di determinazione del danno[183] e delle questioni da accertare, le quali, cioè, non dovevano richiedere la necessità di una istruttoria inerente alle peculiarità della posizione subiettiva del proponente e/o degli aderenti[184].

Nelle intenzioni del legislatore delle varie riforme, poi, un ruolo fondamentale, in sede di determinazione della classe- che aveva per presupposti il vaglio di ammissibilità e la attestata omogeneità dei diritti individuali omogenei- doveva essere ricoperto dal giudice[185]. L'autorità giudiziaria, infatti, nell'evenienza di declaratoria di ammissibilità della domanda, doveva enucleare nella ordinanza i criteri in base ai quali i singoli consumatori e utenti potevano ritenersi inclusi nella classe, sì da permettere ai soggetti potenzialmente interessati di aderire al procedimento collettivo.
Il Tribunale doveva quindi delimitare i confini soggettivi della classe, potendo, peraltro, dettagliare e circostanziare gli elementi della fattispecie costitutiva comune a una pletora di soggetti, in modo da includervi anche coloro i quali, pur trovandosi in una posizione assimilabile a quella dell'attore, non erano stati in un primo momento inclusi, fermo

[183] Ed invero, dal momento che l'art. 140 *bis* faceva riferimento ai criteri di calcolo omogeneo delle somme dovute in caso di accoglimento della domanda, il carattere dell'omogeneità avrebbe dovuto involgere, oltre che la causa delle pretese ed il pregiudizio subito, le singole voci di danno, donde la standardizzazione della liquidazione dello stesso; per questo rilievo S. Menchini- A. Motto, opera citata, pagina 9. Ovviamente la standardizzazione quantificatoria in parola era ed è destinata a trovare terreno elettivo proprio nei microcrediti o *small claims.*
[184] In questi termini, Trib. Milano, ord. 8 novembre 2013, Trib. Venezia ord. 25 maggio 2017 "Y e X Altroconsumo c. Volkswagen Aktiengesellschaft e altra". Parzialmente diverso, invece, l'approccio di App. Torino 17 novembre 2015 "Chiericoni e Altroconsumo c. Fca Italy-Fiat Chrysler Automobiles Italy" ove si poneva maggiormente l'attenzione sulla unicità della condotta illecita a monte, e non sui parametri di liquidazione del danno; per questo rilievo M. Natale, opera citata, pagina 121.
Particolarmente significativa ed esaustiva è la definizione di omogeneità offerta dal Tribunale di Milano (ord. 8 novembre 2013): "*ritiene questo Tribunale che anche i danni lamentati debbano presentare elementi di base comuni (pur non richiedendosi l'identità del petitum) in mancanza dei quali verrebbe meno la possibilità di trattare congiuntamente la fase di merito con riferimento ad una pluralità (potenzialmente indefinita per effetto delle eventuali adesioni […]) di crediti: contestualmente alla introduzione del sicuramente più elastico criterio della "omogeneità", il legislatore del 2012 ha previsto che la liquidazione del danno sia definitivamente attuata con la fase decisoria dell'azione di classe (rimanendo in via alternativa la possibilità di stabilire il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione), sul necessario presupposto che siano aggregate fin dall'inizio del processo pretese individuali suscettibili di essere valutate unitariamente senza la necessità di un'istruttoria relativa alle particolari posizioni degli attori".* Per la circostanza secondo cui l'omogeneità sia il criterio eletto dal legislatore per l'aggregazione, in sede processuale, di più pretese individuali in un unico processo, con conseguente irrilevanza delle finalità perseguite da ogni appartenete alla classe, dovendosi prescindere dalla valutazione della singola condotta concreta, si veda ord. Cass. sez. III, 31 gennaio 2018, n. 2320, consultabile sul sito www.cortedicassazione.it, che confermava il prevalente orientamento giurisprudenziale in materia (*ex plurimis* App. Venezia e novembre 2o17; Trib. Venezia 25 maggio 2017; App. Torino 17 novembre 2017; App. Milano 26 agosto 2013; App. Milano 3 maggio 2011; Trib. Milano 20 ottobre 2011; Trib. Milano 20 dicembre 2010).
[185] P. Mezzanotte, "*Class action e Costituzione: dimensione metaindividuale dei diritti e ruolo della giurisdizione*" in "*Nomos*", 1/2022, pagina 11, parla di ruolo tutorio del giudice nei confronti delle parti.

restando, però, il vincolo costituito dalla individuazione dei diritti individuali omogenei effettuata dal proponente nell'atto introduttivo[186].

Con riferimento alla ordinanza di ammissibilità/inammissibilità si prospettava poi una problematica in termini di impugnazione, in particolare in relazione al ricorso in Cassazione. La dottrina maggioritaria[187] escludeva, opportunamente, che l'ordinanza in parola, a seguito di reclamo innanzi alla Corte di appello, potesse essere ricorribile per Cassazione *ex* art. 111 Cost., stante il difetto di decisorietà e definitività del provvedimento. E difatti quest'ultimo non incideva su posizioni soggettive -nello specifico i diritti individuali omogeni-, potendo le stesse essere fatte valere in un altro giudizio. Mancava altresì il carattere della definitività, dacché il medesimo ricorrente avrebbe ben potuto riproporre la stessa domanda, adducendo fatti e circostanze nuovi, ma anche limitandosi ad una diversa argomentazione in diritto a sostegno della pretesa[188].

---

[186] S. Menchini- A. Motto, opera citata, pagina 52-56, evidenziavano come il potere di giudice adito avesse una matrice integrativa e suppletiva rispetto alla individuazione effettuata nell'atto di citazione dall'attore. Gli Autori portavano l'esempio del caso in cui il giudice, rilevato che una medesima condotta asseritamente illecita era stata posta in essere in una diversa zona geografica, estendeva la classe, di modo da ricomprendervi altri soggetti. Gli Autori notavano altresì come, specularmente al potere di circostanziazione di tipo estensivo della classe, il Tribunale potesse anche escludere taluni soggetti dalla compagine processuale nelle ipotesi di pretese non isomorfe ovvero contraddistinte da peculiarità tali da richiedere una separata istruttoria. Tuttavia, nonostante questa ricostruzione dei poteri giudiziali collimasse, in potenza, con la lettera della legge, immaginare il potere del giudice adito come suppletivo o integrativo presupponeva inevitabilmente una qualche inadeguatezza in capo all'attore, ossia di un'imperizia o una disattenzione nella corretta individuazione dei diritti individuali omogenei. E questa circostanza avrebbe dovuto condurre alla declaratoria di inammissibilità della domanda. Evidentemente, dunque, il ruolo del Tribunale nella definizione soggettiva e oggettiva del processo di classe (veniva in rilievo anche la componente oggettiva, nella misura in cui si sosteneva il potere di dettagliare la fattispecie costitutiva dedotta in giudizio) doveva essere limitato o, comunque, bilanciato con il requisito di ammissibilità della adeguatezza del proponente a gestire la causa collettiva. Si sarebbe altrimenti posto il rischio di traslare sul giudice un onere della parte ricorrente.

[187] F. Santangeli-P. Parisi, opera citata, pagina 34; S. Menchini- A. Motto, opera citata, pagine 63-64; I. Pagni, "*L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio, e l'ammissibilità della domanda"* citata, pagina 371; R. Caponi, "*Litisconsorzio aggregato. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*" citata, pagina 853; S. Menchini, "*La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria"* in "*Giusto proc. civ.",* 2008, pagina 59; D. Amadei, opera citata, pagina 199, A. Carratta, "*L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*" in "*Rivista di diritto processuale*" citata, pagina 732; R. Donzelli, "*Sul ricorso straordinario in Cassazione avverso l'ordinanza d'inammissibilità dell'azione di classe"* in "*Rivista di diritto processuale*", 2016. A. D. De Santis, opera citata, pagine 716-717 e 750-751, il quale però, reputava ricorribile per Cassazione *ex* art. 111 Cost. l'ordinanza declaratoria di inammissibilità per manifesta infondatezza. *Contra*, sulla ammissibilità del ricorso straordinario in Cassazione *ex* art. 111 Cost. A. Pace, opera citata, pagina 19, in considerazione del fatto che i singoli soggetti potenzialmente danneggiati non avrebbero comunque esperito un'azione individuale. Quest'ultima posizione, però, appariva certamente pragmatica ma sprovvista di qualsivoglia appiglio normativo o concreta argomentazione giuridica. T. Galletto, opera citata, pagina 545, riconosceva all'ordinanza i requisiti di decisorietà e definitività, senza, però, offrire alcuna argomentazione al riguardo.

[188] S. Menchini- A. Motto, opera citata, pagina 64, notavano come non operasse il principio del dedotto e del deducibile, proprio perché l'ordinanza resa a seguito del giudizio di ammissibilità non era idonea ad acquisire la stabilità del giudicato.

Il regime dell'ordinanza non era, però, così cristallino. Da un alto, infatti, in considerazione della possibilità di reclamo, doveva considerarsi preclusa la sua modificabilità o revoca, in base al principio generale di cui all'art. 177 c.p.c.[189]. D'altra parte, lo stesso art. 140-*bis* qualificava l'ordinanza ammissiva, ovvero quella successiva, quale modificabile e revocabile[190]. Certa, però, era l'impossibilità di ricorso in Cassazione, come del resto riconosciuto dalla stessa giurisprudenza di legittimità[191]. E tuttavia, l'esclusione della possibilità di ricorso in Cassazione avverso l'ordinanza di inammissibilità[192] risultava quantomeno problematica in relazione alla ipotesi di manifesta infondatezza[193]. Pur trattandosi, infatti, di un giudizio sommario, allo stato degli atti, il giudice doveva valutare la inesistenza ovvero la sussistenza dei fatti addotti, o comunque, la loro verosimiglianza[194].

[189] In questo senso, G. Canale, opera citata, pagina 1306.

[190] S. Menchini- A. Motto, opera citata, pagina 66, limitavano il potere di revoca o modifica alle sole ipotesi di sopravvenute circostanze dimostrative della inadeguatezza del proponente ovvero di mancate adesioni, essendo, nelle altre ipotesi, la valutazione di ammissibilità vincolante per le parti e per il giudice. Codesta ricostruzione, secondo la quale provvedimento endoprocedimentale è vincolante all'interno del processo, poneva un rischio non indifferente in termini di razionalità processuale. Ovviamente occorreva tutelare il convenuto da azioni pretestuose e, al contempo, gli aderenti dall'imperizia e/o negligenza del proponente in sede di elaborazione della strategia processuale. Riteniamo, però, che la strada più opportuna sarebbe stata quella di esautorare suddetto ricorrente (potere riconosciuto alle Corti statunitensi d'ufficio, con riferimento alle azioni di classe), con facoltà per gli aderenti di scegliere se subentrare o meno nella conduzione della azione di classe. Di contro, la revocabilità della ordinanza in punto di ammissibilità rischiava di costituire un forte disincentivo ad agire, stante la possibilità di una regressione del processo, con inane dispendio delle attività processuali già svolte. Infatti, sarebbe stato possibile che la revoca dell'ordinanza sopraggiungesse addirittura dopo l'espletamento di attività istruttorie. R. Donzelli, *"Sul ricorso straordinario in Cassazione avverso l'ordinanza d'inammissibilità dell'azione di classe"* citata, pagina 414, riconnetteva tale facoltà di revoca e/o modifica al solo contenuto ordinatorio dell'ordinanza e non a quello dell'ammissibilità della azione, potendosi quest'ultimo contestare con lo strumento del reclamo, conformemente a quanto previsto in generale dall'art. 177 c.p.c.

[191] Cass. 14 luglio 2012, n. 9772. In verità, la Corte di legittimità, riconosceva la matrice decisoria all'ordinanza in questione, ma ne negava la ricorribilità in Cassazione poiché fondata su una delibazione sommaria e unicamente finalizzata ad una pronuncia di rito, come tale inidonea ad assumere la stabilità del giudicato sostanziale. Non era, infatti, preclusa la strada della riproposizione dell'azione risarcitoria, anche in via ordinaria. Tale ricostruzione, veniva peraltro estesa anche all'ipotesi di manifesta infondatezza della domanda.

[192] I maggiori problemi interpretativi si ponevano difatti in relazione a tale tipologia di pronunzia, posto che, nelle ipotesi di pronunzia di ammissibilità della domanda, il convenuto non era certo deprivato del diritto di difesa nella fase di merito del giudizio.

[193] Non si ponevano concrete problematiche con riferimento alle altre cause di inammissibilità, essendo queste inerenti a questioni preliminari.

[194] E infatti A. D. De Santis, opera citata, pagina 719, ipotizzava, correttamente, che il giudizio di manifesta infondatezza non fosse assibilabile ad un giudizio su una questione preliminare, investendo, invece, l'intera domanda. Si poteva trovare conferma di tale ricostruzione proprio nel contenuto della ordinanza di ammissibilità, la quale perimetrava la classe, ovverosia definiva i diritti individuali omogenei inclusi nella stessa e quelli, invece, estranei. L'Autore però, opera citata, pagina 740, evidenziava come l'ordinanza che escludeva dalla classe taluni diritti degli aderenti atteneva al profilo della omogeneità, e non già a quello della fondatezza delle posizioni soggettive. Si tratta di una ricostruzione prettamente preposta alla salvaguardia della facoltà degli aderenti esclusi di agire in giudizio. Essa, però, non escludeva il carattere decisorio della ordinanza di inammissibilità per manifesta infondatezza. E difatti, il giudice adito avrebbe prima dovuto valutare l'esistenza e/o l'insussistenza dei fatti addotti dall'attore e, in seguito, la assimilabilità delle posizioni soggettive degli aderenti. Questa precisazione non sembra

I dubbi e le incertezze, per la verità, sono stati poi totalmente dissipati dall'intervento delle Sezioni unite della Corte di Cassazione proprio sul regime di impugnazione della ordinanza[195]. La Corte di legittimità, in quest'ultimo arresto, ribadendo il difetto di decisorietà[196] in capo all'ordinanza di inammissibilità, escludeva la impugnabilità *ex* art. 111 Cost., comma 7, di codesto provvedimento adottato in sede di reclamo dalla Corte di appello, essendo il medesimo diritto suscettibile di tutela attraverso l'azione individuale finalizzata ad ottenere il risarcimento del danno. La dichiarazione di inammissibilità dell'azione di classe avrebbe, infatti, precluso la riproposizione di quest'ultima da parte dei medesimi soggetti ma non da parte dei non aderenti e, in verità,

irrilevante, rischiandosi, altrimenti, di confondere il piano della non manifesta infondatezza e quello dell'isomorfismo delle posizioni fatte valere in giudizio.

[195] Cass., Sez. Un., 1° febbraio 2017, n. 2670. L'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite faceva seguito ad una ordinanza di remissione della terza sezione (Cass. 24 aprile 2015, n. 8433, pubblicata in *"I Contratti"*, 2015, pagina 978 ss.), la quale riteneva di non condividere l'approdo ermeneutico della prima sezione della Corte, nel 2012.
Occorre notare, in verità, come le argomentazioni della ordinanza di remissione apparissero poco persuasive, per questo rilievo F. Santagada, "*Le Sezioni Unite negano l'esperibilità del ricorso straordinario in Cassazione avverso l'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe*" in sito "*Judicium*", pagina 4. In particolare, la terza sezione, a sostegno della possibilità di ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza di inammissibilità, prospettava le seguenti argomentazioni: a) il D.Lgs. n. 206 del 2005, art. 140-*bis*, non riconosceva affatto la improponibilità dell'azione collettiva dichiarata inammissibile (prevedendo soltanto la libera proponibilità dell'azione individuale); b) non si sarebbe potuto far valere l'argomento del carattere alternativo ed equivalente dell'azione di classe rispetto all'azione individuale, giacché, oltre alle differenze in rito delle due forme processuali di tutela, l'azione collettiva appariva in grado di esercitare una maggiore pressione sul professionista o produttore e di garantire minori costi per il consumatore, con conseguente definitività della statuizione di sua inammissibilità, avendo, per di più, l'azione individuale, contenuti, scopi ed effetti ben diversi dall'azione di classe, consentendo soltanto la seconda di proteggere interessi collettivi, di riequilibrare il rapporto, e di lasciare il debitore esonerato ''da ogni diritto ed incremento' sulle somme pagate entro centottanta giorni dal deposito della sentenza (D. Lgs. n. 206 del 2005, art. 140-*bis*, comma 12); c) la valutazione di inammissibilità dell'azione di classe non sarebbe stata una valutazione sommaria, in quanto l'art. 140-*bis*, comma 6, condizionava tale pronuncia alla verifica della manifesta infondatezza della pretesa, esito che poteva derivare pure da un esame a cognizione piena, tenuto altresì conto dell'assonante dizione contenuta nell'art. 360-*bis* c.p.c., con riguardo al quale l'inammissibilità del ricorso discende da una cognizione non sommaria della Corte di Cassazione; d) non vi sarebbe stata alcuna incompatibilità logico-giuridica tra l'affermata improponibilità di ulteriori azioni di classe, una volta scaduto il termine per l'adesione, e la temuta improponibilità delle stesse nuove azioni a seguito di una prima declaratoria di inammissibilità; e) l'illimitata reiterazione dell'azione di classe inizialmente dichiarata inammissibile, se soltanto ''meglio strutturata in punto di diritto', sarebbe stata in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo *ex* art. 111 Cost.; f) non avrebbe avuto alcun senso l'ordine della ''più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente'', che accompagnava l'ordinanza di inammissibilità (art. 140-*bis*, comma 8) ove fosse stato possibile riproporre la domanda; g) vi sarebbe stata contraddizione fra il giudicato formatosi a seguito dell'infondatezza dell'azione di classe non risultata manifesta, e perciò dichiarata con sentenza di rigetto della domanda, e la libera riproponibilità dell'azione stessa apparsa, invece, talmente priva di fondatezza da essere tacciata addirittura di inammissibilità.
Con riferimento a suddette argomentazioni preme evidenziare che contrasterebbe con il principio di ragionevole durata del processo anche ritenere ricorribile per Cassazione l'ordinanza di inammissibilità, stante la dilazione della decisione connessa alla moltiplicazione dei gradi di giudizio; per questo rilievo si veda F. Santagada, ultima opera citata, pagina 4). Inconferente è altresì il riferimento alla pubblicità dell'ordinanza d'inammissibilità, la quale è evidentemente preposta quale forma di risarcimento in forma specifica del danno all'immagine subito dall'impresa convenuta, a causa della proposizione della domanda dichiarata inammissibile; in questo senso S. Menchini-A. Motto, "*Art. 140-bis"* citata, pagina 61).

[196] La decisorietà, secondo le Sezioni Unite consiste nell'attitudine del provvedimento del giudice non solo ad incidere su diritti soggettivi delle parti, ma ad incidervi con la particolare efficacia del giudicato (sulla differenza tra il semplice ''incidere'' e il ''decidere'' cfr. Cass. n. 10254 del 1994).

neppure da parte di chi aveva manifestato volontà adesiva.

Pur riconoscendo il carattere di definitività dell'ordinanza di inammissibilità resa in sede di reclamo, non essendo la stessa altrimenti impugnabile, veniva, pertanto, denegato il carattere decisorio del procedimento, posto che il proponente e gli aderenti[197] all'azione di classe prima della pronuncia sull'ammissibilità dell'azione avrebbero ben potuto coltivare le proprie pretese mediante la proposizione di un'azione individuale. E tuttavia, non potendosi disconoscere gli effetti della pronunzia di inammissibilità, la Corte di legittimità riconduceva alla stessa una efficacia preclusiva, limitatamente nei confronti dei suoi destinatari, posto che la cognizione del giudice poteva spingersi sino a esaminare profili di merito della pretesa azionata[198] e che non poteva reiterarsi l'esercizio della giurisdizione in relazione al medesimo oggetto e ai medesimi soggetti[199]. Conseguentemente, soggetti diversi dalle parti destinatarie di una dichiarazione di inammissibilità avrebbero potuto far valere i medesimi diritti in via individuale ovvero in sede aggregata. Proprio su questo frangente, però, non può non evidenziarsi l'illogicità del *dictum* della Suprema Corte. E difatti, a fronte del suesposto effetto preclusivo per i destinatari della dichiarazione di inammissibilità, dalla pronunzia in esame emergeva la facoltà del proponente di aderire all'eventuale nuova azione di classe da altri proposta[200]. Si aggiunga, poi, che soltanto su un piano

[197] In relazione agli aderenti, peraltro, la Corte di Cassazione precisava opportunamente come dal comma 3 dell'art. 140-*bis*, comportante la "*rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo"*, non potesse ricavarsi una efficacia consumativa e/o preclusiva dell'ordinanza declaratoria della inammissibilità, dacché la disposizione in parola atteneva alla pronunzie di rigetto nel merito e il comma 15 dell'articolo citato faceva sempre salvi i diritti individuali degli aderenti " *nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo"*, casi cui è appunto ascrivibile l'ordinanza di inammissibilità.

[198] La Corte faceva quindi riferimento all'evenienza di manifesta infondatezza della domanda.

[199] Come opportunamente rilevato, però, da F. Santagada, ultima opera citata, pagina 6, questa asserzione collide palesemente con la predicata esclusione della decisorietà dell'ordinanza professata nella medesima sentenza.

[200] Sulla incomprensibilità di questa apertura, si veda F. Santagada, ultima opera citata, pagina 6. Critico su questa chiusa della Suprema Corte anche A. D. De Santis, "*Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe: profili processuali*" in "*Class action e zione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 312*", a cura di U. Rufolo, 2021, pagine 125-126. E tuttavia, come correttamente rilevato da D. Amadei, "*L'azione di classe inammissibile, tra effetti preclusivi e ricorso per cassazione*" in "*Giurisprudenza italiana*", 2017, pagina 1862, non si poteva sostenere altrimenti, dacché dal corpo dell'art. 140-*bis* non emergeva una preclusione per il proponente di aderire ad azioni di classe da altri proposte, posto che l'unico limite in punto di esperimento di azione emergente dalla norma in esame atteneva alla contestuale pendenza di più azioni di classe. Nulla vietava inoltre, andando oltre quanto asserito dalle Sezioni Unite, che, a seguito di declaratoria di inammissibilità per manifesta infondatezza, la medesima domanda venisse riproposta senza addurre nuove circostanze di fatto e/o di diritto e con una mera riformulazione giuridica delle argomentazioni già precedentemente prospettate. A sostegno di tale ricostruzione poteva infatti richiamarsi l'orientamento della Suprema Corte in punto di decreto ingiuntivo, dacché, il rigetto della domanda di ingiunzione non impedisce in alcun modo la riproposizione della stessa per il medesimo diritto; per questo parallelismo tra decreto ingiuntivo e azione di classe, D. Amadei, ultima opera citata, pagina 1862, e Cass. sez. III, 18/04/2012, n. 6059.

teorico, a seguito di una pronunzia di inammissibilità resa in sede di reclamo dalla Corte di appello, non sarebbero state precluse azioni individuali, venendo, in concreto sacrificati gli effetti di deterrenza e di agevolazione di accesso alla giustizia propri dell'azione di classe[201].

Altro profilo da esaminare è quello della tipologia della sentenza di merito e della eventuale forza espansiva del giudicato. La qualificazione giuridica della sentenza dipendeva dalla tipologia di statuizione contenuta nella stessa, nell'ipotesi di accoglimento della domanda. E infatti, a mente del comma 12 dell'art. 140-*bis*, con il provvedimento che definiva il giudizio il giudice liquidava, ai sensi dell'articolo 1226 c.c., le somme definitive dovute a coloro che avevano aderito all'azione ovvero stabiliva il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme, la quale sarebbe quindi avvenuta in separati e successivi giudizi individuali[202]. La procedura in esame, quindi, avrebbe potuto subire una biforcazione soltanto in via eventuale, ove, specialmente nell'alveo di condotte illecite extracontrattuali, il giudice adito non potesse agevolmente addivenire alla determinazione delle somme spettanti ad ogni singolo aderente. Il provvedimento di merito, dunque, sarebbe stato una sentenza di condanna generica[203], sprovvista della valenza di titolo esecutivo[204].
Nelle ipotesi, invece, di infrazioni di tipo contrattuale, stante la standardizzazione dei

[201] In questo senso D. Amadei, ultima opera citata, 2017, pagina 1860, il quale, però, definisce tale rilievo come un argomento politico-economico piuttosto che giuridico.
[202] S. Menchini-A. Motto, opera citata, pagina 90, parlavano di giudizi individuali "di completamento", espressione impiegata non soltanto per rimarcare il carattere generico della condanna, bensì per sostenere come in tali processi individuali non sarebbe stato più possibile mettere in discussione e/o riproporre questioni di fatto e di diritto già affrontate.
[203] Non convince la posizione di R. Caponi, "*Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: risvolti in tema di class action*", 2010, consultabile sul sito www.academia.edu, pagina 6, il quale qualificava la sentenza in parola, laddove la stessa non contenesse le precipue determinazioni delle somme spettanti ai singoli aderenti, quale sentenza di accertamento. Ed invero, contrariamente a quanto sostenuto dall'Autore, oggetto del giudizio di classe non era il mero accertamento della responsabilità dell'impresa, bensì i diritti individuali omogenei. Codesta ricostruzione, del resto, collimava con la lettera dell'art. 140-*bis* cod. cons., deputato a offrire rimedi di tipo risarcitorio e restitutorio a consumatori e utenti, donde la consustanziale matrice condannatoria della sentenza di merito. E difatti la responsabilità dell'impresa rappresentava il fatto costitutivo della domanda.
[204] Tale pronunzia sarebbe stata però comunque titolo per iscrizione di ipoteca giudiziale, visto che l'art. 2818 c.c. parla di sentenze di condanna al risarcimento dei danni "anche da liquidarsi successivamente"; per questo rilievo A. D. De Santis, opera citata, pagina 755. L'Autore, opera citata, pagina 753, evidenziava, inoltre, come sarebbe stato possibile ipotizzare anche la inidoneità della sentenza di condanna generica al giudicato, potendo la successiva pronunzia accertare un quantum pari a zero e porre nel nulla la prima statuizione; su quest'ultima evenienza anche C. Di Marzo, "*La via italiana alla class action per danni extracontrattuali ed i principali modelli di tutela collettiva risarcitoria*" citata, pagina 434. Senonché, questa ricostruzione mal si attagliava ad illeciti extracontrattuali, quali le pratiche commerciali scorrette e le condotte anticoncorrenziali incluse nell'alveo applicativo dell'art. 140-*bis,* dal momento che, in considerazione della struttura verticisticamente orientata del mercato, i danni economici sarebbero stati in qualche misura comunque avvertiti da consumatori e utenti.

negozi giuridici e delle clausole in essi contenuti, e soprattutto in considerazione del rinvio all'art. 1226 c.c.[205], sarebbe stato verosimilmente più agevole per il Tribunale pervenire alla quantificazione dei danni subiti dai singoli[206].

Importante, poi, era la specifica previsione in punto di esecutività della sentenza, la quale diveniva esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione[207]. I pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo erano esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza, di modo da incentivare l'adempimento spontaneo. Su questo frangente, si precisa soltanto che, oltre a suddetta sospensione *ex lege*, rimaneva fermo il potere sospensivo di cui all'art. 283 c.p.c. della Corte di appello, la quale, però, in aggiunta ai generali parametri, avrebbe altresì dovuto considerare l'entità complessiva della somma dovuta, il numero di creditori e le difficoltà di ripetizione nell'ipotesi di accoglimento del gravame.

Infine, avvolta da incertezza era la forza espansiva del giudicato di rigetto e di accoglimento[208]. In quest'ultima evenienza non era chiaro se l'accertamento della sussistenza di una condotta illecita riconducibile al convenuto potesse esser utilmente speso in separati giudizi, anche da colori i quali avessero deciso di non aderire al processo di classe[209]. Preferibilmente si sarebbe dovuta escludere una tale facoltà per i non aderenti[210], dovendosi comunque effettuare una differenziazione tra coloro i quali

---

[205] Come sottolineato da M. Bove, "*La trattazione del processo di classe"* citata, pagina 9, il quale evidenziava il carattere centrale della determinazione equitativa del danno, e F. Santangeli-P-Parisi, opera citata, pagina 64. Il fatto che il legislatore avesse fatto precipuo riferimento a questa forma di liquidazione del danno non poteva leggersi quale mero rinvio ai criteri determinativi di cui al codice civile, trattandosi di norme generali e, come tali, applicabili certamente anche alle azioni di classe, ancorché non espressamente richiamati. E allora, a prescindere dagli orientamenti della Corte di legittimità sulla valenza residuale del criterio *ex* art. 1226 c.c., impiegabile solo in caso di grave difficoltà o impossibilità di dimostrare il pregiudizio (in tal senso, *ex plurimis* Cass. Sez. I, n, 3794 del 15/02/2008, Cass. sez. III, n. 8057 del 31/03/2007, Cass. sez. III, n. 1885, dell'11/02/2002), sarebbe stato decisamente corretto riservare un ruolo di primo piano alla determinazione equitativa dei danni nell'alveo delle azioni di classe. Riteniamo, peraltro, che questa ricostruzione avrebbe consentito la non imprescindibilità della biforcazione processuale, caratteristica propria e fisiologica del testo dell'art. 140-*bis* risalente al 2007 e scientemente abbandonata, quantomeno in via generale, da parte del legislatore della riforma del 2009, in virtù dell'obiettivo di economia processuale.

[206] In quest'ultima evenienza il provvedimento finale, dunque, sarebbe stato una sentenza di condanna non generica.

[207] Si derogava così al disposto di cui all'art. 282 c.p.c. in punto di provvisoria esecutività della sentenza di primo grado.

[208] P. Comoglio, "*Aspetti processuali della tutela del consumatore*" in "*Rivista di diritto processuale*", 2/2007, pagina 313, evidenziava in generale la carenza di una disciplina su effetti e limiti soggettivi del giudicato, tanto con riferimento alla azione di classe quanto in relazione alla azione inibitoria collettiva *ex* art. 140 cod. cons.

[209] E del resto, presupposto imprescindibile della statuizione di merito sui diritti individuali omogeni, era l'accertamento della sussistenza di un illecito riconducibile al soggetto convenuto, il quale, in presenza di illeciti plurioffensivi o di massa, avrebbe inevitabilmente costituito elemento costitutivo delle pretese di chi avesse deciso di non aderire ad una azione di classe.

[210] In questi termini F. Santangeli-P. Parisi, opera citata, pagina 71, non potendosi applicare il disposto dell'art. 1306 c.c.; nello stesso senso, ma in virtù del fatto che oggetto del giudizio di classe erano i diritti individuali

avevano assunto un rischio, manifestando la volontà adesiva e rinunziando, quindi, a far valere la medesima pretese in via individuale[211], e color i quali, di contro, avevano preferito agire individualmente[212].

Con riferimento al giudicato di rigetto, invece, non si prospettavano concreti dubbi sulla valenza dello stesso per tutti gli aderenti, posto che ciò emergeva chiaramente dalla lettera della legge[213]. La criticità che si appalesava riguardava piuttosto la legittimità costituzionale di suddetto assoggettamento. Questo vincolo, infatti, avrebbe avvinto dei soggetti (gli aderenti) privi di poteri processuali, nonché di facoltà di impugnazione. Avrebbe potuto sostenersi, dunque, in forza del disposto dell'art. 1306 c.c. sulle obbligazioni solidali, una valenza *secundum eventum litis* della sentenza, la quale avrebbe dispiegato i suoi effetti nei confronti degli aderenti esclusivamente se di accoglimento, non potendo, quindi, il convenuto vittorioso direzionare verso gli aderenti soccombenti la sentenza a lui favorevole[214].

---

omogeni e non già il fatto costituivo addotto (la condotta illecita), trattandosi di questione decisa *incidenter tantum*, S. Menchini- A. Motto, opera citata, pagina 98.

[211] Su questo frangente, infatti, poteva parlarsi di consumazione del potere di azione, così, argomentativamente dal comma 3 dell'art. 140-*bis* ("L'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15", ovverosia nelle ipotesi di chiusura anticipata del processo, estinzione del giudizio e rinunzia a transazioni).

[212] Tale differenziazione sarebbe stata opportuna anche al fine di evitare fenomeni opportunistici, consistenti nell'elusione del termine perentorio fissato dal giudice per le adesioni, il quale, altrimenti non avrebbe avuto alcuna concreta utilità o una ragion d'esistere. D. Amadei, opera citata, pagina 211, per questa ragione, escludeva che la sentenza di accoglimento potesse essere invocata da parte di soggetti non aderenti contro il convenuto soccombente.

[213] Il comma 14 dell'art. 140-*bis* recitava infatti: "*La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. È fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva*".

[214] Si ha consapevolezza della chiara violazione del principio della parità delle armi e del diritto di difesa che tale ricostruzione porta con sé. E però solo in questo modo poteva preservarsi il diritto di difesa di soggetti che partecipavano al processo passivamente, senza assumere la qualità di parti. Anticipiamo che tale problematica in punto di legittimità costituzionale continua a persistere anche nella disciplina sui procedimenti collettivi inserita nel codice di rito, su cui *infra*.

Per la teoria secondo cui il giudicato sfavorevole non vincolava i soggetti aderenti, dal momento che la sentenza avrebbe avuto ad oggetto solo l'accertamento di questioni comuni, si veda A. D. De Santis, opera citata, pagina 643.661. Pur condividendo la conclusione cui giunge l'Autore, non riteniamo però possa avallarsi il processo argomentativo, il quale si fonda sulla circostanza tale per cui l'analisi di eccezioni personali, ossia afferenti al rapporto tra singolo aderente e convenuto, sollevate da quest'ultimo, sarebbe stata posposta. In teoria, suddetta modulazione del giudizio poteva indubbiamente considerarsi plausibile in considerazione dei poteri gestori attribuiti al giudice. Riteniamo, però, che questa ricostruzione, potesse trovare concreta applicazione soltanto con riferimento ad eccezioni richiedenti una lunga indagine, potendosi, invece, affrontare quelle di agevole soluzione nel procedimento di classe, specie se, in considerazione dell'isomorfismo delle posizioni soggettive, le stesse fossero comuni a più aderenti, ancorché non alla totalità di questi. E difatti postporre l'esame di eccezioni di matrice personale implicava inevitabilmente che la loro trattazione sarebbe dovuta avvenire in giudizi individuali per non frustrare la *ratio* dell'azione di classe. La strutturazione del giudizio prospettata dall'Autore si attaglia perfettamente, invece, alla disciplina, fisiologicamente bisecata, dei procedimenti collettivi risarcitori nel codice di rito, ove all'accertamento dei diritti dei singoli aderenti e le difese del convenuto di carattere personale è deputata la fase successiva alla pronunzia di una sentenza di accoglimento, destinata a concludersi con decreto.

3.2 La tutela inibitoria.

Gli articoli 139 e 140 cod. cons. erano dedicati alla tutela inibitoria collettiva. In particolare, le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'articolo 137 erano legittimate ad agire, ai sensi dell'articolo 140, a tutela degli interessi collettivi dei predetti. Si trattava, dunque, a differenza di quanto previsto con riferimento all'azione di classe, di azioni esclusivamente collettive, non esperibili da parte dei singoli soggetti interessati[215]. L'ambito applicativo di questa tutela, però, tracimava gli stretti confini di cui all'art. 140-*bis* cod. cons., essendo presenti rinvii a plurimi plessi normativi[216], sempre a salvaguardia di interessi collettivi dei consumatori[217]. Inoltre, gli organismi pubblici indipendenti nazionali e le organizzazioni

[215]Il comma nove dell'art. 140, però, fatte salve le norme su litispendenza, continenza, connessione e riunione dei procedimenti, statuiva opportunamente che le disposizioni di cui al presente articolo non precludevano il diritto ad azioni individuali dei consumatori danneggiati dalle medesime violazioni. Proprio per questa ragione, in dottrina, si sosteneva che l'azione inibitoria potesse essere esperita dal singolo individuo, anche alla luce della lettera dell'art. 2 cod. cons., il quale riconosceva che la tutela di diritti e interessi collettivi di consumatori e utenti potesse pure avvenire in forma associata, costituendo quest'ultima, quindi, una tutela aggiuntiva; per questi rilevi L. Tavormina, "*L'inibitoria collettiva a tutela dei consumatori. Mercato, concorrenza e deterrence*" in "*Contratto e impresa*", 4-5/2009, pagine 983-985. A sostegno di questa ricostruzione, convincente ma scarsamente praticabile in considerazione della apatia razionale di consumatori e utenti, l'Autrice richiamava altresì la plausibilità di una tutela inibitoria atipica e generale, non occorrendo in tal senso una norma equivalente e omologa all'art. 2043 c.c., dal momento che la tutela in esame non presuppone l'accertamento dell'elemento soggettivo né la prova di un danno. Conseguentemente, l'azione inibitoria generale sarebbe un rimedio implicito e connaturato all'ordinamento giuridico, un sottotesto destinato ad emergere ogniqualvolta sia necessario far cessare condotte antigiuridiche. Questa legittimazione individuale, ancorata alla atipicità della inibitoria, sembrava esser stata avallata anche dalla Corte di Cassazione (il riferimento è a Cass. sez. un. 16/11/2016, n. 23304), la quale, seppur in un *obiter dictum,* riconosceva che i singoli consumatori potessero esperire una tutela giurisdizionale di tipo preventivo, quale quella inibitoria. Critico con riguardo a questo arresto interpretativo D. Amadei, opera citata, pagina 69, il quale evidenziava l'equivoco di fondo di tale pronunzia, consistente nella individuazione della posizione soggettiva fatta valere nei diritti individuali e non già negli interessi collettivi. Ad ogni modo, se la *ratio* della domanda atta a ottenere una pronunzia inibitoria è quella di far cessare una condotta o un insieme di condotte illecite il più celermente possibile, sarebbe stato logico consentire una legittimazione ad agire ampia ed estesa, includendo dunque anche i singoli consumatori e utenti.

[216] Segnatamente: legge 6 agosto 1990, n. 223, e successive modificazioni, ivi comprese quelle di cui al testo unico della radiotelevisione, di cui al decreto legislativo 31 luglio 2005, n. 177, e legge 30 aprile 1998, n. 122, concernenti l'esercizio delle attività televisive; decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 541, come modificato dal decreto legislativo 18 febbraio 1997, n. 44, e legge 14 ottobre 1999, n. 362, concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano; decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, recante attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno; regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione delle controversie online per i consumatori (regolamento sull'ODR per i consumatori); regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno.

[217] Se da una parte i tempi per immaginare un tipo di tutela risarcitoria aggregata di portata generalizzata, quale è quella scolpita oggi nel codice di procedura civile, non erano maturi (specie in considerazione della mancanza di dimestichezza del legislatore e delle corti nazionali con le azioni di classe), dall'altra limitare l'ambito applicativo della tutela inibitoria appariva illogico e irragionevole. L. Tavormina, opera citata, pagine 990-991, evidenziava al

riconosciute in altro Stato dell'Unione Europea, inseriti nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europea, potevano agire, ai sensi dell'art .139 e secondo le modalità di cui all'art. 140, nei confronti di atti o comportamenti lesivi dei consumatori del proprio Paese, posti in essere in tutto o in parte sul territorio dello Stato. L'art. 140 precisava quali fossero i rimedi in concreto esperibili, consistenti in: l'inibitoria di atti e di comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; l'adozione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale, ove la stessa potesse contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate. Con il provvedimento che definiva il giudizio, il giudice fissava un termine per l'adempimento degli obblighi stabiliti e, anche su domanda della parte ricorrente, disponeva, in caso di inadempimento, il pagamento di una somma di denaro da euro 516,00 ad euro 1.032,00, per ogni giorno di inadempimento ovvero di ritardo, rapportati alla gravità del fatto[218].Tali somme di denaro venivano versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze ad un fondo da istituire nell'ambito di apposita unità previsionale, al fine di finanziare iniziative a vantaggio dei consumatori[219].

In punto di procedibilità della domanda, l'azione di cui all'art. 140 poteva esser proposta solo dopo il decorso di quindici giorni dalla data in cui le associazioni avevano richiesto al soggetto asseritamente responsabile della violazione, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti.

---

riguardo, la problematicità di escludere la legittimazione ad agire delle imprese per gli illeciti concorrenziali, consistenti in condotte continuate e reiterate, per contrastare le quali la tutela risarcitoria non è da sola sufficiente, occorrendo, di contro, misure atte a garantire con certezza il futuro rispetto della legge. Aggiungiamo che, ove l'inibitoria di condotte antitrust possa esser richiesta da imprenditori, si eviterebbero certamente le potenzialità di danni e la loro diffusione capillare sul mercato, poiché verrebbe prevenuto il fenomeno del trasferimento del soprapprezzo illecito, i cui poli terminali sono sempre utenti e consumatori.

[218] La misura in parola, ancillare alla pronunzia inibitoria collettiva, in considerazione della precisa forbice valoriale, della destinazione delle somme, nonché della legittimazione a richiedere la stessa (ovverosia un ente collettivo), escludeva, in base al principio di specialità, l'applicabilità dell'art 614 *bis* c.p.c.; per quest'ultimo rilievo si veda D. Amadei, opera citata, pagina 269. Ad ogni modo, dal punto di vista quantitativo, la somma di danaro massima appariva decisamente esigua se rapportata ai danni che possono derivare da illeciti di massa.

[219] Ancorché suddetta destinazione pubblicistica delle somme di danaro depotenziasse la funzione propria di una misura coercitiva indiretta, poteva valutarsi favorevolmente il fine ultimo di incentivare iniziative a vantaggio dei consumatori. Probabilmente, però, in un'ottica strettamente pragmatica, sarebbe stato più opportuno prevedere espressamente che somme irrogate a titolo sanzionatorio fossero impiegate per rimpinguare fondi preposti ad agevolare la proporzione di azioni collettive.

Era altresì disciplinata una fase di conciliazione collettiva, da definirsi entro sessanta giorni, innanzi alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio, a norma dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580, nonché dinnanzi agli altri organismi di composizione extragiudiziale per la composizione delle controversie in materia di consumo a norma dell'articolo 141. Il processo verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal rappresentante dell'organismo di composizione extragiudiziale adito, doveva poi esser depositato per l'omologazione presso la cancelleria del tribunale del luogo nel quale si era svolto il procedimento di conciliazione. Il tribunale, in composizione monocratica, si limitava ad accertare la regolarità formale del processo verbale, dichiarandolo esecutivo con decreto. Il verbale di conciliazione omologato costituiva titolo esecutivo. In caso di inadempimento degli obblighi risultanti da codesto verbale, le parti potevano adire il tribunale, con procedimento in camera di consiglio, per il pagamento di dette somme di denaro.

Per giusti motivi di urgenza, l'inibitoria poteva essere richiesta a norma degli articoli da 669- *bis* a 669-*quaterdecies* c.p.c.[220]

Da queste scarne disposizioni emergevano molteplici lacune e interrogativi. Anzitutto, non era chiaro se gli enti rappresentativi di interessi collettivi facessero valere una posizione giuridica propria, agendo quindi *iure proprio*, ovvero se, quali legittimati straordinari, adducessero in giudizio diritti di consumatori e utenti. In dottrina si fronteggiavano due orientamenti[221]. Secondo una prima tesi, gli enti rappresentativi sarebbero stati titolari di una posizione soggettiva propria, tale per cui, esperendo l'azione inibitoria di cui all'art 140 cod. cons., non avrebbero agito in via straordinaria, bensì in via ordinaria. Un'altra ricostruzione dottrinaria, invece, riconnetteva la tutela inibitoria in esame ad un interesse superindividuale, facente capo ad un gruppo e non a singoli consumatori, obliando, però, numerosi indici normativi da cui poteva desumersi la titolarità della posizione soggettiva fatta valere in giudizio in capo agli enti esponenziali. Ed invero, questi ultimi, incardinando un'azione inibitoria, perseguivano

[220] Il presupposto per richiedere le misure cautelari di tipo inibitorio, però, non coincideva con quanto previsto dall'art. 700 c.p.c., ovverosia un pregiudizio imminente e irreparabile, occorrendo soltanto i "giusti motivi d'urgenza". Questa espressione, decisamente generica, poteva essere interpretata come la sintesi del *fumus boni iuris* (corrispondete ai giusti motivi) e del *periculum in mora* (consistente nell'urgenza); in questi termini D. Amadei, opera citata, pagina 277.

[221] D. Amadei, opera citata, pagine 67-105, riporta il dibattito sul tema.

un fine istituzionale-statutario proprio e, peraltro, potevano disporre dell'interesse collettivo anche in sede extragiudiziale, nell'alveo di procedure transattivo-conciliative[222], in cui era necessaria la richiesta, a mezzo di lettera raccomandata, indirizzata al professionista di astenersi dalla condotta lesiva. Appariva più verosimile, dunque, che le associazioni rappresentative di una categoria agissero in via ordinaria e non già straordinaria, mancando, fra l'altro, una disposizione di legge da cui potesse desumersi una sostituzione processuale[223].

Totalmente assente poi, era una regolamentazione della procedura[224] e della competenza giudiziale (l'art. 140 cod. cons. si limitava a parlare di tribunale in composizione monocratica). Pertanto, nel silenzio della legge, avrebbe verosimilmente dovuto trovare applicazione il processo ordinario di cognizione. Esso, però, non appariva di certo confacente alle esigenze di celerità proprie della tutela inibitoria, sussistenti anche per la decisione definitiva e non solo per la fase cautelare. Sussistevano dubbi anche per la portata del giudicato del provvedimento inibitorio, alla stregua di quanto rilevato *supra* in relazione all'azione di classe. E difatti si sarebbe potuto sostenere che il provvedimento inibitorio definitivo vincolasse i singoli consumatori soltanto se favorevole, non intaccando, invece, i diritti individuali di questi ultimi nelle ipotesi di rigetto. Il fondamento di questa ricostruzione scaturiva dal disposto di cui all'art. 1306 c.c., sulle obbligazioni solidali, alle quali veniva ricondotto l'interesse collettivo fatto valere in giudizio dagli enti rappresentativi[225]. Portando alle estreme conseguenze

[222] D. Amadei, opera citata, pagina 89.

[223] In questo senso D. Amadei, opera citata, pagina 99, evidenziava correttamente come non potesse trattarsi di una ipotesi di legittimazione straordinaria, posto che altrimenti non sarebbe stato possibile limitare gli effetti del giudicato al solo ente proponente e non anche ai consumatori e sarebbe poi stato necessario innestare un litisconsorzio necessario dal lato attivo del giudizio. Circostanza, quest'ultima, non solo non evincibile dalla lettera della legge, ma che avrebbe anche posto nel nulla l'utilità pragmatica di una forma di tutela collettiva inibitoria. A sostegno di questa ricostruzione, poi, l'Autore richiamava norme assimilabili, in punto di legittimazione ad agire, all'art. 140 cod. cons., quali l'art. 28 l. 1970/300, sulla legittimazione propria del sindacato in presenza di condotte antisindacali, e l'art. 2601 c.c., afferente alla legittimazione di associazioni di categorie professionali e imprese per far cessare condotte di concorrenza sleale.

[224] La dimenticanza più grave imputabile al legislatore atteneva alla forma del provvedimento conclusivo del giudizio.

[225] S. Menchini, "*La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*" in "*Le azioni seriali*" a cura di ID, Napoli, 2008, pagina 85, giungeva alla medesima soluzione teorica, ovverosia quella del giudicato con valenza vincolante *secundum eventum litis*, sostenendo, però, che oggetto del giudizio non fosse l'interesse collettivo, bensì l'accertamento sulla questione comune, e cioè la sussistenza o meno della condotta asseritamente illecita. Si trattava di una ricostruzione non pienamente convincente sul piano giuridico, dacché, alla stregua di quanto evidenziato sopra con riferimento all'azione di classe, l'accertamento della illiceità del comportamento del convenuto non è l'oggetto del giudizio inibitorio. Anche perché dovrebbe altrimenti sostenersi la natura di sentenza di mero accertamento della pronunzia inibitoria, circostanza, questa, in alcun modo avallabile, in considerazione della possibilità di anticipare gli effetti della inibitoria in via cautelare, non soltanto in chiave

suddetta estensione soggettiva del giudicato, si poteva giungere ad affermare la valenza *erga omnes* di una sentenza inibitoria di accoglimento, non potendosi ovviamente soddisfare soltanto in modo parziale un interesse collettivi indivisibile[226]. Tuttavia, bisogna rilevare come non esistessero disposizioni di legge in tal senso[227], in assenza delle quali, dunque, non poteva riconoscersi una portata così prorompente al giudicato, quantomeno da un punto di vista strettamente giuridico. Ed invero, in base al principio della parità delle armi, e per non aggravare la posizione processuale del convenuto, si sarebbe dovuta riconoscere la capacità preclusiva del giudicato inibitorio di rigetto, sì da impedire ogni altra iniziativa di enti rappresentativi che non avessero ancora incardinato una domanda giudiziale[228]. D'altro canto, però, *de facto*, era (ed è tuttora) innegabile che la condotta di un imprenditore o di un professionista che si conformava al *dictum* giurisdizionale avvantaggiasse tutti i consumatori e gli utenti, i quali avrebbero così

conservativa come avviene per le sentenze costitutive e dichiarative; per quest'ultimo rilievo appare convincente la posizione di D. Amadei, opera citata, pagina 1349.

[226] Per questa considerazione si veda D. Amadei, opera citata, pagina 123.

[227] D. Amadei, opera citata, pagina 131, evidenziava come suddetta valenza extraprocessuale di una sentenza avente a oggetto interessi collettivi di consumatori e utenti fosse espressamente riconosciuta negli ordinamenti tedesco e brasiliano.

[228] Enti i quali, se si sposava la teoria secondo cui gli stessi agivano *iure proprio*, e quindi nell'alveo di una legittimazione ordinaria (così D. Amadei, opera citata, pagina 127), sarebbero stati in pratica deprivati del diritto a far valere in giudizio una posizione soggettiva propria a causa di una altrui iniziativa processuale. Tuttavia, ai fini della valenza *ultra partes* del giudicato inibitorio per gli enti rappresentativi che non avevano partecipato al giudizio, si poteva evidenziare come, nei procedimenti incardinati da suddette organizzazioni, la *causa petendi*, il *petitum* immediato e il soggetto convenuto fossero identici. L'unica diversità consisteva nel soggetto attore. Ovviamente a questa ricostruzione, fondata su una supposta azione plurisoggettiva, ovverosia attribuita a diversi soggetti e finalizzata ad ottenere la medesima tutela, si poteva obiettare che non esistevano indici normativi da cui desumere l'esistenza di un unico rapporto plurisoggettivo. In tali termini D. Amadei, opera citata, pagina 145, il quale, al fine di escludere l'estensione *ultra partes* del contradditorio, rimarcava che, ove si fosse trattato realmente di un rapporto giuridico unitario, vi sarebbero state disposizioni di legge sul litisconsorzio necessario dal lato attivo, con evidenti difficoltà e lungaggini processuali, dovute alla imprescindibilità dell'integrazione del contradditorio, nonché con frustrazione della *ratio* dell'azione collettiva di cui all'art. 140 cod. cons. Appare, però, indubbio che, a prescindere dalle argomentazioni sopraesposte, ove fosse stata accolta una domanda inibitoria collettiva, non vi sarebbe stata alcuna utilità concreta nell'incardinare un altro giudizio in relazione alle medesime condotte illecite, essendo il risultato divisato (l'ordine del giudice di fare o non fare) già stato raggiunto. Precipitato di ciò era quindi la valenza *secundum eventum litis* del giudicato. Nelle ipotesi di accoglimento, anche gli enti che non avessero partecipato al processo collettivo avrebbero profittato della statuizione giurisdizionale. Per il rigetto della domanda era possibile, per enti differenti da quello che aveva agito, esperire l'azione inibitoria. Indubbiamente una tale ricostruzione non tutelava adeguatamente la posizione del soggetto convenuto contro azioni infondate e pretestuose; il predetto si sarebbe dovuto sempre tenere pronto per contrastare pretese di enti differenti. Sul punto D. Amadei, opera citata, pagina 149, reputava che la soluzione potesse consistere nella facoltà del convenuto di chiamare in causa le associazioni di categoria rimaste estranee al giudizio, sì da vincolarle alla decisione giudiziale. Nelle ipotesi in cui ciò non fosse avvenuto, una sentenza di rigetto avrebbe comunque dissuaso le predette associazioni dall'esercizio di una nuova azione per la medesima fattispecie costituiva. Quanto prospettato dall'A., però, non appare del tutto convincente, dacché il convenuto finiva per essere onerato di una attività processuale concretamente impraticabile: *pendente causa* si sarebbero infatti potute iscrivere all'elenco di cui all'art. 137 cod. cons. nuove associazioni. La parte resistente si sarebbe quindi dovuta difendere potenzialmente da pretese analoghe senza alcun limite e senza certezza. E non poteva neppure sostenersi che sussistessero disincentivi ad agire per enti rimasti estranei ad un giudizio collettivo nelle ipotesi di rigetto, posto che sarebbe bastato fare affidamento su una nuova strategia processuale e sulla capacità di una differente difesa tecnica.

beneficiato, indirettamente, della tutela inibitoria da altri richiesta[229]. E proprio su questo frangente si innestavano poi i dubbi in merito alla opponibilità di un giudicato inibitorio collettivo, di accoglimento o di rigetto, in eventuali giudizi individuali. Anche al riguardo, riteniamo che la chiave ermeneutica risolutiva risiedesse nella individuazione della posizione soggettiva dedotta in giudizio. Il singolo soggetto, asseritamente leso da una condotta illecita, avrebbe potuto agire in giudizio facendo valere il proprio diritto, non potendo, ad esempio, pretendere la cessazione generalizzata di una determinata condotta. Specularmente, nel giudizio individuale la sentenza inibitoria collettiva avrebbe costituito un precedente decisionale di fatto, seppur non vincolante, specialmente con riferimento alla illiceità della condotta della parte convenuta, capace di incidere sul convincimento del giudice adito[230].

Dal breve quadro sopra tratteggiato, è evidente come le marcate lacune di matrice processuale della disciplina sulla tutela inibitoria collettiva, unitamente alla irragionevole limitazione in punto di legittimazione ad agire, rischiavano di depotenziare in radice le funzioni di deterrenza e prevenzione proprie del rimedio[231]. E a riprova del carattere monco della regolamentazione della tutela inibitoria collettiva può altresì richiamarsi l'insussistenza di qualsivoglia elemento di raccordo tra la tutela in parola e quella risarcitoria di cui all'art. 140-*bis* cod. cons.[232] Ed invero, pur rinvenendosi chiaramente una parziale sovrapposizione tra l'oggetto del giudizio inibitorio e quello di classe[233], entrambi preposti ad accertare la sussistenza di una condotta illecita riconducibile ad una impresa, il legislatore, nonostante i plurimi interventi di riforma sul contenuto dell'art. 140-*bis*, non ha mai ritenuto necessario rendere coerente il quadro normativo in parola. E questa circostanza si appalesava invece come necessaria ai fini di

[229] Sulla circostanza per cui la sentenza inibitoria, ove favorevole, vincolasse tutti i consumatori e gli utenti, S. Chiarloni, *Il nuovo articolo 140bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*" in "*Analisi Giuridica dell'Economia*", 1/2008, pagina 122.
[230] In questi termini D. Amadei, opera citata, pagina 234.
[231] Sulle funzioni della tutela inibitoria L. Tavormina, opera citata, pagine 278-279.
[232] T. Galletto, opera citata, pagina 541, notava in generale come fosse possibile una contemporanea pendenza delle due azioni, con conseguenti, possibili, interferenze, S. Chiarloni, opera citata, pagina 123, riteneva, con riferimento però alla prima formulazione dell'art. 140-*bis* cod. cons., che le due azioni potessero essere esercitate congiuntamente. Il mancato coordinamento tra tutela inibitoria e risarcitoria, peraltro, si rinviene anche nella disciplina attualmente vigente. Si consideri infatti che l'art. 840-*sexdecies* c.p.c. non consente di richiedere con la medesima azione differenti rimedi, imponendo, di contro, in modo irragionevole, la separazione delle cause.
[233] In questi termini F. Santangeli, "*Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamenti con gli strumenti di tutela collettiva*" in "*Judicium"*, pagina 5; D. Amadei, opera citata, pagina 243. In particolare tra azione inibitoria e azione di classe si poteva ravvisare la comunanza di *causa petendi* e soggetto convenuto, risultando, invece, differenti, la situazione soggettiva fatta valere, i *petita* e il soggetto attore.

una tutela giurisdizionale piena ed effettiva. Al riguardo basti pensare alla concreta possibilità di invocare il giudicato inibitorio, il quale, di solito, precede un giudizio risarcitorio, in un processo di classe ovvero in procedimenti individuali, con conseguente semplificazione dell'onere probatorio in relazione alla *causa petendi*, ossia alla fattispecie costitutiva delle pretese fatte valere. Peraltro, da un punto di vista strettamente pragmatico, il coordinamento tra le due tipologie di tutela giurisdizionale, avrebbe consentito al giudice di identificare *ictu oculi* la non manifesta fondatezza della domanda di classe, così agevolando e rendendo più spedita la valutazione di ammissibilità[234]. La ricostruzione appena esposta, votata a garantire sintesi e coordinamento tra gli istituti di cui agli artt. 140 e 140-*bis* cod. cons., poteva ancorarsi al disposto di cui all'art. 1306 c.c., interpretato in chiava analogica[235], ovvero alla valenza *ultra partes* di un accertamento ricadente su una situazione giuridica a dimensione collettiva, involgente tutti i consumatori, ovverosia l'interesse collettivo[236].

Per la verità, non si poteva invocare l'art. 1306 c.c. in considerazione della evidente differenza di posizione giuridica oggetto dei giudizi.

La decisone inibitoria, poi, in assenza di una precipua disposizione di legge in tal senso, non avrebbe potuto costituire un vincolo per il giudice successivamente adito, poiché, stante la differente situazione giuridica dedotta in giudizio (interessi collettivi in sede inibitoria, diritti individuali omogenei con l'azione di classe), non sarebbe stato possibile rinvenire una relazione di pregiudizialità-dipendenza tra i due procedimenti[237]. Si prospettava, quindi, soltanto una comunanza di accertamento sul fatto costitutivo, ossia la condotta asseritamente illecita del convenuto, il quale costituisce un tassello, imprescindibile, dell'iter decisionale del giudice[238].

---

[234] Sul fatto che il Tribunale collegiale potesse utilizzare l'accertamento contenuto nella sentenza collettiva per verificare la se la domanda fosse manifestamente infondata si veda F. Santangeli, ultima opera citata, pagina 6.

[235] Così S. Menchini, "*La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*" in "*Le azioni seriali*" a cura di ID, Napoli, 2008, pagina 92.

[236] Per questa ricostruzione I. Pagni, "*Tutela individuale e tutela collettiva: un'indagine sul possibile raccordo tra i rimedi*" in "*Le azioni seriali*" a cura di S, Menchini, Napoli, 2008, pagina 165.

[237] Per questa ragione D. Amadei, opera citata, pagina 250, escludeva correttamente la applicabilità dell'istituto di sospensione *ex* art. 295 c.p.c. Escludeva la trattazione congiunta tra le due causa e la sospensione di cui all'art. 295 c.p.c. anche S. Caporusso, "*L'azione di classe nel diritto vivente: un laboratorio in itinere*" in "*Rivista di diritto civile*", 5/2014, pagina 1208.

[238] A sostegno di questa ricostruzione, riteniamo che il diritto della concorrenza potesse costituire un punto di riferimento. La giurisprudenza di legittimità, infatti, antecedentemente al recepimento della normativa europea in materia (Direttiva UE 2014/104), e quindi al riconoscimento di un valore vincolante a provvedimenti di accertamento promanati dall'AGCM sulla sussistenza di un illecito antitrust, qualificava le decisioni amministrative attestanti una infrazione del diritto della concorrenza quali "prova privilegiata", non vincolanti, nel giudizio risarcitorio susseguente (ossia le azioni risarcitorie follow-on). Il concetto di prova privilegiata,

L'accertamento contenuto in una decisone inibitoria poteva essere invocato in seno ad una azione di classe proprio in virtù della comunanza tra i due rimedi del fatto o dei fatti costitutivi rilevanti ai fini del decidere, e non quindi per un supposto rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra situazioni soggettive.

Infine, oltre a queste specifiche lacune, non può non evidenziarsi come anche l'azione inibitoria collettiva, alla stregua dell'azione di classe, difettasse di concrete prospettive applicative, a causa di una totale disattenzione del legislatore nell'imbastire la disciplina nel suo complesso[239], nonché della scelta, irrazionale e imperita, di non plasmare un rito differente da quello ordinario, adatto alle specifiche caratteristiche della tutela inibitoria.

corrispondente ad una speciale efficacia probante aveva come precipitato una inversione dell'onere probatorio e compare per la prima volta in Cass.13 febbraio 2009, n. 3640 (prima del 2009, invece, il provvedimento dell'AGCM veniva qualificato quale elemento di prova soggetto al prudente apprezzamento del giudice *ex* art. 116 c.p.c.), venendo poi sviluppato nella successiva giurisprudenza di legittimità (*ex multis* Cass. 20 giugno 2011, n. 13486; Cass. 9 maggio 2012, n. 7030; Cass. 22 maggio 2013, n. 12551; Cass. 28 maggio 2014, n. 11904). Ora, alla luce del riconoscimento di una valenza probatoria particolarmente pregnante e incisiva ad accertamenti avvenuti in sede amministrativa (con minori garanzie per il contraddittorio), riteniamo non sussistessero ostacoli per immaginare l'innestarsi di una sequenza tra giudizio inibitorio collettivo e azione di classe ricostruita nei medesimi termini.

[239] Si possono richiamare al riguardo la totale disattenzione del legislatore con riferimento al fenomeno della coolegittimazione di diversi enti rappresentativi e ad una chiara definizione dell'oggetto del giudizio.

CAPITOLO II: LA DIRETTIVA UE 1828/2020.

Sommario

1 Scopo e ambito di applicazione. - 2 La legittimazione ad agire. - 3 I rimedi esperibili. - 4 Il ruolo dell'aderente. - 5 Il valore probatorio di una decisone definitiva. - 6 L'esibizione probatoria. - 7 Transazioni, prescrizione, spese processuali, sanzioni. - 8 Riflessioni critiche e in prospettiva.

1 Scopo e ambito di applicazione.

Nei primi consideranda della Direttiva 1828/2020 si trovano scolpiti gli obiettivi e l'ambito di applicazione del testo normativo. Quest'ultimo, alla luce dell'incremento delle condotte plurioffensive, dovuto alla globalizzazione e alla digitalizzazione dei mercati, mira a introdurre un meccanismo di tutela collettiva degli interessi dei consumatori di tipo rappresentativo. Il legislatore europeo, consapevole del fatto che la Direttiva 2009/22/CE, deputata esclusivamente ad azioni inibitorie collettive, non abbia raggiunto gli sperati risultati di deterrenza e di un più ampio accesso alla giustizia dei consumatori danneggiati da pratiche illecite dei professionisti, volge lo sguardo verso rimedi di tipo risarcitorio e restitutorio[240]. L'introduzione di misure differenti rispetto a quelle inibitorie, infatti, consentirebbe il superamento degli ostacoli che precludono l'accesso alla giustizia ai consumatori, ovverosia le elevate spese giudiziali e la ritrosia ad agire scaturente dal rapporto costi e benefici attesi[241]. Nelle intenzioni del legislatore europeo, poi, dotare i consumatori di strumenti di tutela e rimedi effettivi ed efficaci incentiverebbe la loro fiducia sul mercato e consentirebbe, in ultima istanza, il corretto funzionamento dello stesso[242], depurandolo da distorsioni di tipo

[240] La presente direttiva, però, consta anche di ulteriori innovazioni rispetto a quella del 2009 con riguardo a prescrizione, esibizione delle prove, valore di una decisione definitiva accertante un illecito, finanziamento delle azioni rappresentative.
[241] In generale sugli obiettivi della direttiva, M. Bona, "*La direttiva UE/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori*" in "*Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma collettiva*" a cura di E. Dalmotto in "*Giurisprudenza italiana*" 2021, pagine 254-255, il quale parla di approccio epocale a livello europeo alla tutela collettiva, specie in considerazione delle note resistenze dei Paesi membri a concedere ampi spazi di manovra alla Commissione ai fini di armonizzazione e delle differenze tra i vari ordinamenti giuridici. In aggiunta, possiamo affermare che quella contenuta nella presente direttiva costituisca la prima disciplina sistematica e trasversale, nonostante le molteplici lacune, sui rimedi collettivi.
[242] M. De Cristofaro "*Azioni rappresentative e tutela dei consumatori. La lunga marcia che ha condotto all'approvazione della Dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*" in "*NLCC*", 4/2022, pagina 1020, identifica quali pilastri della Direttiva del 2020, tutti di pari importanza, le necessità di garantire un ampio accesso alla giustizia da parte dei consumatori e di evitare al contempo abusi processuali, nonché il corretto funzionamento del mercato.

concorrenziale e da disparità tra i professionisti che rispettano la normativa europea e quelli che invece la violano. E allora, la scelta di intraprendere una via normativa sfociante nei rimedi di tipo risarcitorio, oltre che inibitorio, appariva come inevitabile. Problematico, invece, è il riferimento, nel considerando n. 9, alla tutela degli interessi collettivi dei consumatori, donde la legittimazione ad agire dei soli enti legittimati. Il richiamo agli interessi collettivi, da una parte, si pone in contrasto con l'ambito applicativo abbracciato dalla Direttiva, consistente di vari settori giuridici, involgenti rapporti contrattuali o extracontrattuali, disciplinati dalla normativa eurounitaria. Gli atti normativi declinati nell'allegato I della Direttiva, però, attengono alle posizioni giuridiche soggettive individuali, e non già a interessi facenti capo a un gruppo indefinito di individui[243]. D'altra parte, poi, la nozione di interessi collettivi di cui all'art. 3 della Direttiva rifugge da ogni logica definitoria, appalesandosi come inconsistente. Sarebbe stato, invece, necessario fornire una nozione, seppur flessibile, degli stessi, proprio perché l'oggetto di armonizzazione corrisponde soltanto ad azioni rappresentative[244]. Gli interessi collettivi dei consumatori vengono infatti definiti quali "*interessi generali dei consumatori e, in particolare, ai fini di provvedimenti risarcitori, gli interessi di un gruppo di consumatori*". Pur volendo prescindere dalla tautologia[245], non è

[243] H. Misiak, *The collectvie interests of consumers: new definitions, new weaknesses*" in "*Euripean Review of Private Law"*, 6/2019, pagina 1340, nota come a livello europeo gli interessi collettivi dei consumatori sembrino godere di una maggiore e più forte protezione rispetto alle posizioni individuali.

[244] H. Misiak, opera citata, pagine 1333- 1341, evidenzia le criticità di suddetta definizione, posto che il legislatore parla genericamente di numero di consumatori, concetto non chiaro e, soprattutto, che lascia trasparire l'insussistenza di un interesse pubblico ove la azione rappresentativa sia incardinata per conto di due sole persona fisiche danneggiate. L'Autrice nota come una posizione soggettiva possa definirsi interesse collettivo solo se afferente ad un gruppo indeterminato di consumatori, incisi dalle medesime pratiche illecite di un professionista, le quali sono quindi reiterate ovvero durature. Ed invero, bisogna tener conto del fatto che la determinazione dei caratteri quantitativi e qualitativi del gruppo di consumatori è in concreto rimessa ai singoli Stati membri. Conseguenza immediata di tale scelta è il rischio di una differenziazione dei criteri di accesso alla giustizia, nonostante la direttiva miri a prevenire il fenomeno del *forum shopping*. Fenomeno, però, che allo stato attuale appare quasi inevitabile. Non esistevano, infatti, ragioni per cui il legislatore europeo non potesse stabilire un limite minimo dimensionale per incardinare una azione rappresentativa. L'istituto prescelto si allontana, inopportunamente, dal modello statunitense di azione di classe, ed è riconducibile ad una azione di gruppo, in considerazione proprio della legittimazione esclusiva riconosciuta in capi ad enti, i quali peraltro devono aver ottenuto una designazione pubblicistica (requisito che ci sembra palesemente in contrasto col proposito di ampliare l'accesso alla giustizia alle pretese di consumatori danneggiati). B. Gsell, "*The new European Directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers- a huge, but blurry step forward*" in "*Common Market Law Review*", 2021, pagina 1370, rimarca la vaghezza della definizione di interessi collettivi fornita dalla direttiva; M. Ioannidou, "*Compensatory collective redress for low value consumer claims in the EU: a reality check*", in "*European Review of Private Law*", 6/2019, pagina 1374, qualifica come inadeguata la definizione di interessi collettivi offerta dal legislatore europeo. Sul punto si veda anche H. Misiak, "*The collectvie interests of consumers: new definitions, new weaknesses*" in "*Euripean Review of Private Law"*, 6/2019, pagina 1341, la quale evidenzia come la direttiva (l'Autrice parla di proposta di direttiva in considerazione della data di pubblicazione del lavoro) non contenga alcun limite dimensionale preciso o e/o minimo necessario con riferimento al gruppo; per questo rilievo si veda anche A. Stohr, opera citata, pagina 1623. Questa lacuna, di conseguenza, implica il rischio di una differenziazione dei criteri di accesso alla giustizia tra i vari ordinamenti giuridici degli Stati UE, nonostante l'atto eurounitario miri a prevenire il fenomeno del *forum shopping*.

[245] Ed invero sembra inevitabile che gli interessi collettivi siano generali e non specifici.

fornito alcun elemento utile al fine di identificare un gruppo di consumatori. Peraltro, non può non evidenziarsi la difficoltà pragmatica di coordinare una posizione soggettiva collettiva e dei provvedimenti di tipo risarcitorio[246]. L'obiettivo di un miglior e più ampio accesso alla giustizia per i consumatori deve poi essere bilanciato con la posizione del professionista resistente in giudizio[247]. Al riguardo si potrebbe leggere, in questa dichiarazione di intenti, uno scopo secondario perseguito dalla Direttiva[248], peraltro emergente anche dalla compulsazione dell'istituto dell'esibizione probatoria, ossia la primaria importanza riconosciuta alla esigenza di proteggere le imprese, al fine di non disincentivare investimenti. Proprio per questa ragione la Direttiva statuisce, al considerando n. 10, che dovrebbero essere evitati i risarcimenti punitivi e che occorrerebbero disposizioni su designazione e finanziamento degli enti legittimati. Con riferimento a quest'ultimo profilo, il legislatore ha declinato all'art. 4, paragrafo 3, i requisiti[249] necessari per la designazione degli enti, avendo riguardo, però, esclusivamente alle azioni transfrontaliere. Persiste, in linea con tutti i precedenti atti normativi europei, vincolanti o meno, la avversione nei confronti dei danni

[246] Al riguardo era necessaria maggiore chiarezza: si sarebbe dovuto specificare, ad esempio, che suddetta Direttiva è deputata a creare le fondamenta, proprio attraverso le azioni rappresentative di enti legittimati, delle successive azioni individuali di seguito. In alternativa, per non relegare i meccanismi di tutela collettiva all'ambito delle sole azioni ricognitive, sarebbe stato opportuno e logico riconoscere la legittimazione ad agire ai singoli consumatori lesi, sì da rendere oggetto del giudizio i diritti individuali, comuni ad una pluralità di soggetti (e quindi omogenei), e imbastire una tutela risarcitoria effettiva. Si ritiene che il legislatore europeo avrebbe dovuto compiere suddette riflessioni in via preliminare, afferendo le stesse a questioni essenziali nella definizione di misure di tipo processuale (legittimazione ad agire, oggetto del giudizio, posizione soggettiva azionabile).

[247] Sulla necessità di ricercare un equilibrio tra la garanzia dell'accesso alla giustizia e quella di proteggere la posizione della parte resistente dagli abusi processuali tipici del modello statunitense di class action si veda M. Ioannidou, opera citata, pagina 1387. In verità, l'impianto del testo normativo tutto, in contraddizione con i proclami e le intenzioni, è chiaramente influenzato da una linea direttrice volta a evitare abusi processuali, come nota B. Gsell, opera citata, pagina 1370. E quest'ultima circostanza, forse in ossequio alla necessità di rispettare il principio di autonomia procedurale degli Stati membri, ha determinato le reticenze del legislatore europeo nella plasmazione di una disciplina sistematicamente coerente e compiuta.

[248] E a riprova di ciò, oltre all'impianto irragionevolmente sbilanciato dell'istituto della esibizione delle prove, per il quale si veda *infra,* l'unica, concreta, garanzia di matrice processuale riconosciuta alla parte convenuta in un giudizio collettivo è costituita dalla facoltà di esprimere preoccupazioni giustificate all'organo giurisdizionale o all'autorità amministrativa in merito alla eventualità in cui un ente legittimato non soddisfi i criteri elencati all'articolo 4, paragrafo 3. Mancano, invece, norme e clausole di salvaguardia volte a preservare informazioni riservate, proprietà industriale, segreti commerciali e know-how del professionista di fronte alle possibili, e altamente verosimili, mire appropriative di concorrenti, attuali o potenziali, della parte resistente, i quali possono presentarsi nella veste di terzi finanziatori delle azioni rappresentative.

[249] P. Rott, *A proper EU collective redress mechanism, finally*!" in "*Journal of European Consumer and Market Law*", 6/2020, pagina 224, critica il sistema di riconoscimento degli enti in generale, così come il criterio di identificazione di una azione come transfrontaliera, reputandolo complesso e contraddistinto da requisiti eccessivamente rigorosi, preposti maggiormente a tutelare imprese e professionisti ove ad agire sia un ente di un Paese più aperto, o meglio, più aduso, ai rimedi collettivi. L. Visscher- M. Faure, "*A law and economcs prospective on the Eu Directive on representative actions" in "Journal of Consumer Policy*", 2021, pagina 461, sottolineano correttamente come più sono le condizioni di accesso alla legittimazione previste per le organizzazioni rappresentative, minore sarà il grado di competitività, a causa della presenza di barriere all'ingresso del mercato. Di conseguenza, aumenterebbero i rischi di fenomeni collusivi fra gli intranei, non esistendo alcuno stimolo a migliorare i servizi offerti.

punitivi, caratterizzanti il modello statunitense di azione di classe. Tuttavia, l'utilizzazione del verbo condizionale potrebbe essere interpretato, se non come apertura vera e propria, nei termini di una chiusura non netta, con la possibilità, dunque, di prospettare forme risarcitorie di tipo punitivo[250].

Conformemente al principio di autonomia procedurale degli Stati UE, poi, l'atto normativo eurounitario rimette a questi ultimi la disciplina di giudizio di ammissibilità della domanda[251], delle prove e dei mezzi di impugnazione, nonché l'eventuale necessarietà di un numero minimo di consumatori facenti parte di un gruppo e il grado di similarità tra le preteste raccordate in una azione rappresentativa[252]. Del resto, la armonizzazione perseguita dal legislatore europeo, come può evincersi chiaramente dall'art. 1 della Direttiva, attiene a "taluni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri di azioni rappresentative"[253]. Anche la matrice del procedimento con cui gli enti

[250] Il legislatore italiano, lungi dal tentare di concretizzare e positivizzare i traguardi ermeneutici raggiunti dalla giurisprudenza di legittimità – il riferimento è a Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601- ha deciso di tacere totalmente sul tema dei risarcimenti punitivi in sede di recepimento della Direttiva.

[251] Tecnicamente, dal momento che l'art. 7 paragrafo 7 richiede agli Stati membri di garantire agli organi giurisdizionali ovvero alle autorità amministrative la facoltà/il potere di dismettere i casi manifestamente infondati il più celermente possibile nel corso del procedimento, la regolamentazione di una fase di ammissibilità, e dunque di un giudizio di tipo sommario, si configura come necessaria.

[252] La direttiva, in concreto, si limita a fissare standard minimi di tutela, lasciando poi agli Stati UE ampi spazi di autonomia procedurale e decisionale; su tale autonomia si veda L. Hornkohl, "*Up- amd downsides of the new EU Directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers. Comments on key aspects*" in "*EuCML*", 5/2021, pagina 191, e B. Gsell, opera citata, pagina 1373. Critico sulla discrezionalità riconosciuta ai Paesi UE, in quanto ritenuta eccessiva, M Bona, opera citata, pagina 260. E. Camilleri, "*La Dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il sistema delle prove. La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di enforcement*?" in "*NLCC*", 4/2022, pagina 1061, evidenzia come il legislatore europeo abbia abbandonato gli strumenti di *soft law*, ovverosia la Raccomandazione della Commissione del 2013, in favore di un atto normativo vincolante, seppur di armonizzazione minima. E tuttavia, proprio per la non esaustività della direttiva, non possono che destare perplessità le disposizioni di matrice processuale, le quali si atteggiano a vere e proprie incursioni nel processo civile. Al riguardo, si potrebbe allora sostenere che il principio di autonomia procedurale, richiamato dalla direttiva, più che una direttrice nella elaborazione della disciplina in esame, sia stato utilizzato dal legislatore eurounitario al fine di demandare ai Paesi UE la concreta regolamentazione di un istituto complesso in modo pilatesco, così incrementando le potenzialità di una differenziazione normativa tra i vari ordinamenti, e di porre in concreto degli ostacoli ad una tutela giurisdizionale effettiva e piena. Riteniamo, infatti, che solo in questa chiave possa essere letta la scelta di un allontanamento irrazionale e forzato dal modello statunitense di azione di classe, oltre che da quello italiano, con riferimento al riconoscimento della legittimazione ad agire del singolo componete del gruppo. A. Amidei, *"Passato, presente e futuro del diritto UE in tema di azioni rappresentative*" in "*Class action e azione collettiva inibitoria*" A cura di U. Ruffolo, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, pagina 403, proprio alla luce delle norme di matrice processuale contenute nella direttiva in esame parla di "comunitariarizzazione" del diritto processuale, o meglio di una base utile alla costruzione di un diritto processuale dell'UE.

[253] Può riflettersi sul fatto che l'impianto della direttiva, proprio poiché votata ad una armonizzazione minima, avrebbe comunque dovuto essere costruito in modo più coerente e giuridicamente preciso. Ad ogni modo, l'introduzione di disposizioni quali quelle in punto di onere della prova in materia di azione inibitoria, appare in contraddizione con il dichiarato intento di preservare l'autonomia procedurale degli Stati membri. Codesta autonomia sembra essere stata, di contro, rispettata nella riconosciuta discrezionalità in punto di elaborazione della procedura prevista per le azioni rappresentative, sia essa giurisdizionale o amministrativa, e di scelta tra il sistema di adesione di opt-in e quello di opt-out.

legittimati possono incardinare le azioni rappresentativa, sia essa amministrativa[254] ovvero giudiziale, è rimessa alle legislazioni nazionali. Posto che, peraltro, queste ultime possono già contenere regolamentazioni di procedimenti collettivi, la Direttiva, al considerando n. 11, ammette che il recepimento del meccanismo procedurale per azioni rappresentative possa avvenire nell'alveo di un preesistente rito processuale e/o procedurale ovvero *ex novo*, salvaguardando la vigente normativa in materia[255]. Il principio della autonomia procedurale deve poi ovviamente essere coordinato con quello di non discriminazione, non potendo i Paesi UE prevedere, con riferimento alle azioni rappresentative transfrontaliere, requisiti di ammissibilità più rigorosi e stringenti rispetto a quelli richiesti per le azioni nazionali. Difatti, alla luce della pregressa Direttiva 2009/22/CE, il presente testo normativo riguarda le violazioni nazionali e transfrontaliere, essendo frequente la situazione in cui i consumatori risiedono in uno Stato diverso da quello in cui ha sede il professionista autore della condotta illecita. In un'ottica di maggiore protezione degli interessi consumeristici, inoltre, le azioni rappresentative devono poter essere esperite anche a seguito della cessazione di una violazione del diritto europeo. Lo scopo ultimo è quello di implementare prevenzione e deterrenza, sì da evitare la reiterazione di comportamenti illeciti, nonché di facilitare, mediante l'accertamento della illiceità di una determinata pratica, l'ottenimento di risarcimenti da parte dei consumatori[256].

Volgendo lo sguardo all'ambito di applicazione della Direttiva, il legislatore europeo, pur avendo precipuamente enucleato materie giuridiche e specifici atti normativi, ha ritenuto necessario sottolineare come l'opportunità e l'utilità pratica delle azioni rappresentative possa esser riscontrata primariamente nei settori dei servizi finanziari, della protezione dei dati, di viaggi e turismo, dell'energia e delle telecomunicazioni. Si tratta, difatti, di sfere giuridiche particolarmente incise dalla digitalizzazione e notoriamente contraddistinte da una elevata standardizzazione dei servizi, donde l'alta potenzialità che le condotte in violazione della normativa europea costituiscano illeciti plurioffensivi, lesivi di posizioni soggettive

[254] Ove si dovesse optare per un procedimento collettivo di natura amministrativa, però, come rimarcato dal considerando n. 19, deve sempre essere ammesso il diritto di presentare un ricorso avverso la decisione amministrativa innanzi ad un organo giudiziario, ai sensi dell'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

[255] Tale precisazione testimonia la consapevolezza del legislatore europeo dell'esistenza negli ordinamenti giuridici nazionali di rimedi e azioni di matrice non compensativa o inibitoria, come ad esempio le azioni ricognitive previste in Germania. P. Rott, opera citata, pagina 224, reputa positiva questa apertura del testo normativo a forme di tutela collettiva ulteriori.

[256] Da notare, dunque, la persistente attenzione del legislatore europeo verso le azioni di seguito o *follow-on* quale epifania del *private enforcement*, pienamente in linea con l'approccio al diritto della concorrenza di cui alla Direttiva 104/2014.

agguagliabili. Le altre materie contemplate dalla Direttiva sono indicate dall'allegato I[257]. Pur volendo non considerare la circostanza per cui la maggior parte delle materie elencate da

[257] E segnatamente: 1) Direttiva 85/374/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi; 2) Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; 3) Regolamento (CE) n. 2027/97 del Consiglio, del 9 ottobre 1997, sulla responsabilità del vettore aereo con riferimento al trasporto aereo dei passeggeri e dei loro bagagli; 4) Direttiva 98/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori; 5) Direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo; 6) Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»); 7) Direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano; 8) Direttiva 2001/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 dicembre 2001, relativa alla sicurezza generale dei prodotti; 9) Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica («direttiva servizio universale»); 10) Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2002, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche («direttiva relativa alla vita privata e alle comunicazioni elettroniche»); 11) Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE; 12) Regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare; 13) Regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il regolamento (CEE) n. 295/91; 14) Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali»); 15) Direttiva 2006/114/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa; 16) Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno; 17) Regolamento (CE) n. 1107/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, relativo ai diritti delle persone con disabilità e delle persone a mobilità ridotta nel trasporto; 18) Regolamento (CE) n. 1371/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario; 19) Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE; 20) Direttiva 2008/122/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 gennaio 2009, sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio; 21) Regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità; 22) Regolamento (CE) n. 1272/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, relativo alla classificazione, all'etichettatura e all'imballaggio delle sostanze e delle miscele che modifica e abroga le direttive 67/548/CEE e 1999/45/CE e che reca modifica al regolamento (CE) n. 1907/2006; 23) Direttiva 2009/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative in materia di taluni organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM); 24) Direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che abroga la direttiva 2003/54/CE; 25) Direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 2003/55/CE; 26) Direttiva 2009/110/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica, che modifica le direttive 2005/60/CE e 2006/48/CE e che abroga la direttiva 2000/46/CE; 27) Direttiva 2009/125/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, relativa all'istituzione di un quadro per l'elaborazione di specifiche per la progettazione ecocompatibile dei prodotti connessi all'energia; 28) Direttiva 2009/138/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione (solvibilità II); 29) Regolamento (CE) n. 392/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2009, relativo alla responsabilità dei vettori che trasportano passeggeri via mare in caso di incidente; 30) Regolamento (CE) n. 924/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, relativo ai pagamenti transfrontalieri nella Comunità e che abroga il regolamento (CE) n. 2560/2001; 31) Regolamento (CE) n. 1222/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, sull'etichettatura dei pneumatici in relazione al consumo di carburante e ad altri parametri fondamentali;

32) Regolamento (CE) n. 1223/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 novembre 2009, sui prodotti cosmetici; 33) Direttiva 2010/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2010, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti la fornitura di servizi di media audiovisivi («direttiva sui servizi di media audiovisivi»); 34) Regolamento (CE) n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, relativo al marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE); 35) Regolamento (UE) n. 1177/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, relativo ai diritti dei passeggeri che viaggiano via mare e per vie navigabili interne e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004; 36) Direttiva 2011/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2011, sui gestori di fondi di investimento alternativi, che modifica le direttive 2003/41/CE e 2009/65/CE e i regolamenti (CE) n. 1060/2009 e (UE) n. 1095/2010; 37) Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio; 38) Regolamento (UE) n. 181/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, relativo ai diritti dei passeggeri nel trasporto effettuato con autobus e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004; 39) Regolamento (UE) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, che modifica i regolamenti (CE) n. 1924/2006 e (CE) n. 1925/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga la direttiva 87/250/CEE della Commissione, la direttiva 90/496/CEE del Consiglio, la direttiva 1999/10/CE della Commissione, la direttiva 2000/13/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive 2002/67/CE e 2008/5/CE della Commissione e il regolamento (CE) n. 608/2004 della Commissione; 40) Direttiva 2012/27/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE; 41) Regolamento (UE) n. 260/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 marzo 2012, che stabilisce i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro e che modifica il regolamento (CE) n. 924/2009; 42) Regolamento (UE) n. 531/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2012, relativo al roaming sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione; 43) Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE («direttiva sull'ADR per i consumatori»); 44) Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE («regolamento sull'ODR per i consumatori»); 45) Direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010; 46) Direttiva 2014/31/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, concernente l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alla messa a disposizione sul mercato di strumenti per pesare a funzionamento non automatico; 47) Direttiva 2014/35/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, concernente l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alla messa a disposizione sul mercato del materiale elettrico destinato a essere adoperato entro taluni limiti di tensione; 48) Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE; 49) Direttiva 2014/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base; 50) Regolamento (UE) n. 1286/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativo ai documenti contenenti le informazioni chiave per i prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati; 51) Regolamento (UE) 2015/760 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2015, relativo ai fondi di investimento europei a lungo termine; 52) Regolamento (UE) 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'internet aperta e le tariffe al dettaglio per le comunicazioni intra-UE regolamentate e che modifica la direttiva 2002/22/CE e il regolamento (UE) n. 531/2012; 53) Direttiva (UE) 2015/2302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 90/314/CEE del Consiglio; 54) Direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE; 55) Direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 gennaio 2016, sulla distribuzione assicurativa; 56) Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE («regolamento generale sulla protezione dei dati»); 57) Regolamento (UE) 2017/745 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medici, che modifica la direttiva 2001/83/CE, il regolamento (CE) n. 178/2002 e il regolamento (CE) n. 1223/2009 e che abroga le direttive 90/385/CEE e 93/42/CEE del Consiglio; 58) Regolamento (UE) 2017/746 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2017, relativo ai dispositivi medicodiagnostici in vitro e che abroga la direttiva 98/79/CE e la decisione 2010/227/UE della Commissione; 59) Regolamento (UE) 2017/1128 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, relativo alla portabilità

suddetto allegato sia riconducibile prettamente a rapporti e responsabilità di tipo contrattuale, appare deprecabile la mancata inclusione nella sfera applicativa della Direttiva del diritto della concorrenza[258]. L'illecito antitrust, infatti, è la condotta plurilesiva per eccellenza, in considerazione della elevata capacità diffusiva dei danni, agevolata peraltro dalla organizzazione verticistica dei mercati produttivi e distributivi, e, dunque, da fenomeni quali quello della traslazione di un soprapprezzo illecito. Da una specola generale e in un'ottica sistematica, poi, preme evidenziare che molte delle norme contenute nella presente Direttiva (si pensi alla esibizione probatoria e alla vincolatività delle decisioni attestanti una condotta illegittima in sede amministrativa o giudiziale) sono una riproduzione, con modifiche in senso peggiorativo in termini di rigore giudico e di diritto di difesa, di istituti scolpiti nella Direttiva 26/11/2014, n. 104 sulle azioni risarcitorie per violazione del diritto della concorrenza. In aggiunta, la lacuna in parola pare ancora più problematica e illogica, marchiando l'intero atto di una contraddittorietà, se si tiene conto del fatto che i consideranda numeri 1 e 2 della Direttiva identificano come scopo la salvaguardia della concorrenzialità del mercato e il corretto funzionamento dello stesso, scopo ribadito altresì al considerando n. 76. Pertanto, può affermarsi che la non inclusione del diritto della concorrenza tra le materie indicate nell'atto eurounitario come di primaria importanza costituisce una mancata occasione di coordinamento sistematico tra codesta direttiva e quella del 2014, inerente alle sole azioni

transfrontaliera di servizi di contenuti online nel mercato interno; 60) Regolamento (UE) 2017/1129 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, relativo al prospetto da pubblicare per l'offerta pubblica o l'ammissione alla negoziazione di titoli in un mercato regolamentato, e che abroga la direttiva 2003/71/CE (GU L 168 del 30.6.2017, pag. 12). 61) Regolamento (UE) 2017/1131 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, sui fondi comuni monetari (GU L 169 del 30.6.2017, pag. 8). 62) Regolamento (UE) 2017/1369 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2017, che istituisce un quadro per l'etichettatura energetica e che abroga la direttiva 2010/30/UE (GU L 198 del 28.7.2017, pag. 1): articoli da 3 a 6. 63) Regolamento (UE) 2018/302 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 febbraio 2018, recante misure volte a impedire i blocchi geografici ingiustificati e altre forme di discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti nell'ambito del mercato interno e che modifica i regolamenti (CE) n. 2006/2004 e (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE; 64) Direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche; 65) Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali; 66) Direttiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2019, relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva 2009/22/CE, e che abroga la direttiva 1999/44/CE.
P. Rott, opera citata, pagina 224, elogia l'ampiezza dell'area applicativa della direttiva.

[258] Criticano la mancata inclusione del diritto antitrust nell'alveo applicativo del testo europeo F. Marcos, "*The uneven and unsure playing field damages' claims in the EU: shortcomings and failures of Directive 2014/104/EU and its implementation*" in "*Intellectual Review of Intellectual Property*", 2021, pagina 3; E. Camilleri, opera citata, pagina 1160; A. Amidei, opera citata, pagina 396, rimarca come la decisione del legislatore europeo di limitare la tutela all'alveo consumeristico si pone in contraddizione con gli orientamenti espressi nella Raccomandazione del 2013 della Commissione. M. Bona, opera citata pagina 256, evidenzia criticamente come l'ambito applicativo della direttiva abbia problematicamente obliato altre materie di fondamentale importanza, ossia la tutela dell'ambiente, quella dei lavoratori, specialmente nel contesto della delocalizzazione internazionale (*offshoring*), la salvaguardia dei dritti umani; sfere giuridiche, queste, in cui è frequente che si verifichino *mass torts*.

risarcitori per danno antitrust[259]. Si consideri, infatti, che quest'ultima risulta sprovvista proprio di disposizioni inerenti ad una tutela giurisdizionale di stampo collettivo[260], nonostante i proclami di implementazione di applicazione privatistica del diritto della concorrenza (*private enforcement*) e le pregresse dichiarazioni di intenti e proposte scolpite nel Libro verde e nel Libro Bianco[261]. Fortunatamente, la direttiva consente ai Paesi UE di introdurre settori aggiuntivi a quelli indicati nell'allegato I. Sussiste, dunque, una apertura finalizzata a perseguire l'approccio trasversale proprio dell'intelaiatura del testo eurounitario, nonché a evitare una irragionevole differenziazione di disciplina, in termini escludenti, tra settori affini e/o omogenei. Preme sin da ora evidenziare, però, come il legislatore italiano, in sede di recepimento della direttiva, avvenuto con il D. Lgs. del 10 marzo 2023, n. 28, non abbia profuso alcuno sforzo in tal senso. E questa mancanza si configura come problematica, in considerazione della natura dell'illecito concorrenziale e della elevata capacità diffusiva dei danni, considerata anche la deconsumerizzaizone[262] della azione di classe e dell'azione inibitoria collettiva, introdotte nel codice di rito dalla Legge del 12 aprile del 2019, n. 31. Su questo frangente il testo italiano recettivo della Direttiva 1828/2020, oltre a costituire una involuzione in termini di tutela giurisdizionale[263], si pone in contrasto con anima e impianto

[259] La Direttiva 1828/2020 avrebbe cioè potuto costituire, in potenza, il completamento ideale della Direttiva 104/2014, di modo da sanare lacune e imprecisioni. Probabilmente, peraltro, sarebbe stato opportuno introdurre le azioni rappresentative limitatamente ad alcune materie del diritto europeo –iniziando proprio dal diritto antitrust, sia per la plurioffensività delle condotte sia per una questione di vicinanza temporale tra le due direttive- al fine di sondare la praticabilità e l'utilità in termini concreti delle azioni rappresentative, per poi, in base ai risultati e al ruolo chiarificatore della giurisprudenza della Corte di Giustizia, procedere con la tessitura di un approccio orizzontale e trasversale nei confronti della tutela giurisdizionale di matrice collettiva.

[260] Su questo frangente può evidenziarsi come la azione collettiva, e in particolare la *class action* costituisca l'arma primaria per contrastare illeciti plurioffensivi, quale è quello antitrust, i quali causano tendenzialmente danni di modesta entità, difficilmente azionabili su base individuale. Ciò in considerazione della capacità di consentire un miglior e più ampio accesso alla giustizia e raggiugere risultati concretamente più tangibili, in termini di prevenzione, compensazione e deterrenza, sfruttando l'egoismo individuale alla base delle iniziative giudiziali.

[261] Libro Verde del 19 dicembre 2005, sulle azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, e Libro Bianco del 2 aprile 2008, in materia di azioni di risarcimento del danno concorrenziale. Z. Juska, "*The effectiveness of antitrust collective litigation in the European Union: a study of the principle of full compensation*" in "*IIC*", 2018, pagina 68, poneva in luca come una forte criticità della Direttiva del 2014 fosse proprio la totale assenza di disposizioni su azioni collettive o di classe, le quali costituiscono il principale, se non l'unico, strumento per far accedere alla giustizia le *small claims*.

[262] B. Sassani, Prefazione in "*Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31"* a cura di Sassani, Pisa, 2019, 3; J. Nisticò, "*Nuova class action: verso una (auspicata) maggiore effettività del private enforcement antitrust e non solo*", "diritto.it", 2020-05-25, 6; G. Vecchio, "*Azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi: le associazioni dei consumatori hanno più considerazione in Europa che in Italia*?", "federalismi.it", 13/2022, 240; M. Astone, *Azione di classe e tutela del consumatore: dall'art. 140 bis cod. cons. all'art. 840 bis c.p.c*., "Persona e Mercato", 1/2021, 110-119; I. Speziale, "*La nuova azione di classe: riflessioni critiche sulla riforma"*, "Corriere giuridico", 7/2020, 966; Carratta, "*I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura"* , "Giur. it.", 2019, 2297; E. Minervini, "*La tutela collettiva dei consumatori e la L. 12 aprile 2019, n. 31"*, "NLCC", 2/2020, 347.

[263] Al riguardo basta invero sottolineare come l'art. 840-*bis* c.p.c., oltre a riconoscere legittimazione ad agire al singolo componente della classe, non specifica, in chiave restrittiva, la matrice della pretesa giuridica azionabile, la quale può dunque essere sia contrattuale che extracontrattuale. Non può quindi che destare dubbi e critiche la decisione del

del testo europeo, dal momento che imbriglia l'istituto delle azioni rappresentative in un ambito strettamente settoriale, scolpito nell'allegato II-*septies* del decreto, rifuggendo da una prospettiva rimediale esauriente e generale, recisamente possibile e, anzi, auspicabile.

Passando alla dimensione soggettiva contemplata dall'atto normativo in esame, la scelta del legislatore è stata netta: soltanto le persone fisiche riconducibili alla categoria di consumatori possono usufruire della tutela offerta dalle azioni rappresentative[264]. Si tratta di una posizione irragionevole e obsoleta, che dimostra una dissociazione dalla realtà attuale dei rapporti economici, contrattuali e giuridici. Da una parte, potrebbe apparire meritevole di apprezzamento l'attenzione riservata ai diritti dei consumatori, i quali, pur potendo risultare danneggiati da molteplici pratiche illecite, sono disincentivati ad agire a causa dei fattori sopra richiamati (*id est* asimmetria informativa, elevati costi processuali, relazione sbilanciata tra costi e potenziali benefici conseguibili con una iniziativa giudiziaria). E tuttavia, d'altra parte, non può non evidenziarsi come anche le piccole e medie imprese si trovino in concreto a dover fronteggiare i medesimi ostacoli dei consumatori[265], specialmente in considerazione della fragilità economica, la quale può celermente divenire instabilità e financo crisi, che le

legislatore italiano di plasmare un testo normativo dalla vocazione esclusivamente consumeristica, obliando la normativa previgente, la quale avrebbe ben potuto costituire lo schema basilare per la disciplina delle azioni rappresentative e per il coordinamento della stessa con le disposizioni sui procedimenti collettivi del codice di rito. E suddetta operazione di raccordo, alla luce della inerzia e della incapacità del legislatore, si configura comunque come necessaria, con conseguenti oneri di chiarificazione in capo alla giurisprudenza di merito e di legittimità, in considerazione dei molteplici rinvii contenuti nel D. L.gs. n. 28 del 10 marzo 2023 proprio all'art. 840-*bis* e seguenti del c.p.c.

[264] Critica la decisione europea A. Stadler, "*Are class actions finally (re)conquering Europe? Some remarks on Directive 2020/1828"* in "*Juridica International*", 30/2021, pagina 18, poiché in aperta contraddizione con l'impianto trasversale della Raccomandazione del 2013 della Commissione europea. M. De Cristofaro, "*Azioni rappresentative e tutela degli interessi collettivi dei* consumatori" citata, pagina 1051, nota come i danni di massa non siano circoscritti all'ambito dei rapporti *business to consumer*, ben potendo verificarsi anche nei rapporti *business to business*. Partendo da questa constatazione, in uno scenario in cui il legislatore europeo avesse opportunamente previsto la applicabilità delle azioni rappresentative al diritto della concorrenza, la limitazione della legittimazione ad agire al solo ambito consumeristico sarebbe stata patentemente in contrasto con il principio di non discriminazione. Si sarebbe venuta a creare, infatti, una disparità di trattamento tra consumatori e professionisti e/o imprese, lesi dalla medesima condotta illecita, posto che questi ultimi non avrebbero mai avuto accesso, nelle intenzioni del legislatore UE, alla tutela collettiva. Da questo punto di vista si noti come la normativa nazionale, antecedente alla Direttiva 1828/2020 (L. n. 31/2019), non prevede alcuna ristrettezza applicativa in termini di materie giuridiche e di legittimazione ad agire. E allora l'intelaiatura dell'atto normativo europeo non può non destare perplessità e critiche. Il legislatore italiano, con la legge del 2019, ha calato in seno al codice di rito un titolo appositamente dedicato ai procedimenti collettivi, ispirandosi alla normativa antitrust deputata al private enforcement (D.Lgs. n. 3/2017) -così come del resto ha fatto quello europeo- e, raccogliendo il monito della Corte di legittimità (il riferimento è a Cass., 4 giugno 2015, n. 11564), ha esteso l'applicabilità di istituti, quali la esibizione di prove e la vincolatività di una decisione amministrativa definitiva, prescindendo da qualsivoglia prospettiva settoriale asfittica. Il legislatore europeo, invece, in modo anacronistico, si è ostinato a ricondurre forzatamente alla dimensione consumeristica un istituto che, proprio per i succitati fenomeni di globalizzazione e digitalizzazione dei mercati, dovrebbe poter essere accessibile ad ogni operatore economico.

[265] A. Stohr, opera citata, pagina 1619, fa notare che le piccole e medie imprese possiedono, alla stregua dei consumatori minori risorse economiche, e hanno un minore accesso alle informazioni rispetto alle grandi imprese, oltre a non avere la capacità di queste ultime di ammortizzare costi e perdite.

contraddistingue. Da questo punto di vista, dunque, sarebbe stata razionale e opportuna una parificazione[266] tra consumatori e piccoli imprenditori.
L'art. 3 della Direttiva contiene poi le definizioni, già note al diritto europeo, di consumatore, professionista[267], pratica, nonché quelle, per la verità al quanto generiche, di interessi collettivi dei consumatori, ente legittimato, azione rappresentativa, intrapresa ai fini inibitori e risarcitori[268], e decisione definitiva[269].

2 La legittimazione ad agire.

Gli unici soggetti legittimati a proporre le azioni rappresentative sono inevitabilmente gli enti, definiti appunto dalla Direttiva "enti legittimati"[270]. Tenuto conto dell'ambito applicativo del

[266] Parificazione, tra l'altro, che, nel diritto italiano –il riferimento è all'art. 18 lettera d-*bis* del codice del consumo- riguarda soltanto le microimpresi, ovverosia quelle entità, persone fisiche o giuridiche, che soddisfano i requisiti quantitativi di cui all'art. 2, paragrafo 3, dell'allegato alla Raccomandazione 2003/361 CE della Commissione, del 6 maggio 2003. Sussisteva, pertanto, una base giuridica potenzialmente impiegabile al fine di una estensione della legittimazione ad agire a favore delle piccole e medie imprese, strada, questa, non intrapresa però in sede di recepimento della normativa europea nel nostro ordinamento giuridico.
[267] Sul punto, M. De Cristofaro, "*Azioni rappresentative e tutela degli interessi collettivi dei* consumatori" citata, pagina 1042, sottolinea come la direttiva non fornisca in concreto alcun dettaglio sulla legittimazione passiva, limitandosi a parlare genericamente di professionista. Ed invero, tenuto conto dell'istituto oggetto di regolazione, il quale presuppone condotte illecite plurioffensive, probabilmente sarebbe stato ragionevole identificare quale soggetto passivo delle azioni rappresentative l'impresa (o, nell'ottica soggettiva adottata dal legislatore italiano nel codice civile, l'imprenditore), essendo altrimenti così ricompresi nella definizione offerta dal legislatore europeo anche i professionisti intellettuali che svolgono una attività non imprenditoriale.
[268] A questo proposito si noti che l'espressione di "provvedimenti risarcitori" di cui all'art. 3 della Direttiva è impiegata in modo generico e onnicomprensivo (per la verità, forse, atecnico), ricomprendendo una pletora di rimedi, ovverosia: l'indennizzo, la riparazione o la sostituzione, la riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto, il rimborso del prezzo pagato. M. De Cristofaro, "*Azioni rappresentative e tutela degli interessi collettivi dei consumatori*" citata, pagine 1045-1047, in considerazione dei rimedi contemplati dalla direttiva, specifica che, ai fini di una azione rappresentativa, la condotta del professionista dedotta in giudizio, deve essere illecita, in quanto posta in essere in violazione della normativa UE, e non soltanto genericamente lesiva degli interessi economici dei consumatori (anche perché altrimenti la presenza dell'allegato I sarebbe priva di utilità).
[269] Nozione, questa, in realtà, già presente nel diritto dell'UE, quantomeno con riferimento ai provvedimenti delle autorità antitrust nazionali, e segnatamente negli artt. 2, numero 12), e 9 della Direttiva n. 104/2014 e nei consideranda numeri 34 e 35. Si tratta, quindi, di una nozione tratta dal diritto della concorrenza e generalizzata, sì da includere non soltanto provvedimenti di autorità amministrative (fermo restando il fatto che le autorità preposte alla tutela dei settori consumeristici enucleati nell'allegato I possono ben coincidere con quelle deputata alla salvaguardia della concorrenza, come è dimostrato dalle funzioni istituzionali dell'AGCM), ma anche quelli degli organi giurisdizionali.
[270] La scelta di escludere la legittimazione individuale dei singoli consumatori è salutata favorevolmente da F. Auletta, "*L'azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti*" in "*NLCC*", 6/2022, pagina 1678, posto che garantire la esperibilità di azioni collettive da parte del singolo comporterebbe un uso eccessivo ed esuberante delle risorse deficitarie della giurisdizione. Tale posizione, però, non sembra decisiva né giuridicamente inattaccabile, dacché ispirata a ragioni pragmatiche legate al risparmio di risorse giurisdizionali, piuttosto che all'esigenza, primaria in teoria, di garantire una tutela giurisdizionale effettiva. Ed invero lo stesso Autore, opera citata, pagina 180, è consapevole ad esempio di come, negli Stati Uniti d'America, la class action, improntata ad una legittimazione individuale, riesca a vicariare la azione pubblica in presenza di illeciti lesivi di interessi generali. Questa efficacia, però, non è di certo riscontrabile nelle azioni rappresentative immaginate dal legislatore europeo, più attento ad evitare eventuali abusi del contenzioso, piuttosto che a garantire un migliore accesso alla giustizia dei consumatori. Si aggiunga che in un sistema giuridico di civil law appare comunque improbabile, anche solo per il modo in cui si concretizza l'approccio della classe forense alla assunzione e alla gestione delle controversie, il verificarsi degli abusi processuali propri del sistema nordamericano delle class actions. Per

testo normativo in esame, le organizzazioni consumeristiche sono considerate nella migliore posizione per essere designate quali enti legittimati, alla stregua degli organismi pubblici[271]. Tuttavia, sempre in chiave restrittiva, secondo la direttiva, occorre un atto pubblico di designazione affinché una organizzazione possa esperire azioni a tutela di un gruppo di consumatori[272]. E suddetto atto di designazione ricopre una importanza primaria, come si evince dal criterio utilizzato per qualificare una azione come transfrontaliera ovvero nazionale. In concreto, la natura dell'azione prescinde dal luogo di domicilio del professionista convenuto e da quello di residenza dei consumatori, i quali possono quindi provenire da diversi Stati UE. Ciò che assume rilievo è soltanto il Paese in cui agisce l'ente. L'azione è da qualificare come transazionale ove quest'ultimo promuova una azione al di fuori dello Stato in cui ha ottenuto la legittimazione[273]. Il legislatore europeo ha poi stabilito dei requisiti minimi indispensabili perché un ente possa essere legittimato ad esperire le azioni

questa ragione, le eccessive cautele adottate dal legislatore UE possono leggersi come una ritrosia nel portare a compimento i propri proclami e come il precipitato di una effettiva e preponderante influenza del mondo delle imprese nel processo di creazione normativa. L. Hornkohl, "*Up- amd downsides of the new EU Directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers. Comments on key aspects*" in "*EuCML*", 5/2021, pagina 191, evidenzia criticamente l'approccio paternalistico del legislatore europeo, il quale depriva i singoli consumatori della iniziativa di matrice collettiva. G. Vecchio, "*Azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi: le associazioni dei consumatori hanno più considerazione in Europa che in Italia*? "*federalismi.it",* 13/2022, pagine 233-239, sostiene invece che gli enti sarebbero dotati di maggiori poteri di azione rispetto ai singoli e che le azioni individuali non consentirebbero una tutela giurisdizionale effettiva, posto che vi sarebbero maggiori rischi di azioni strumentali, le quali andrebbero a minare le iniziative delle organizzazioni rappresentative, e che l'accertamento della indipendenza del singolo ricorrente rispetto ad una impresa sarebbe molto più disagevole da verificare. Si tratta di argomentazioni alquanto vallive, che rasentano l'illogicità. È alquanto improbabile, infatti, alla luce dei suesposti ostacoli di accesso alla giustizia per i singoli, che questi ultimi incardinino azioni nonostante la fondatezza *prima facie.* Si configura dunque come inverosimile e antieconomica la proposizione su base individuale di iniziative frivole e inconsistenti. Inoltre, le difficoltà di accertare la terzietà del proponete rispetto ad un terzo con un interesse in causa si prospettano in egual misura nelle azioni rappresentative incardinate da un ente legittimato. A. Stohr, opera citata, pagina 1615, pur non esprimendo esplicitamente un giudizio critico sulla scelta di limitare la legittimazione ad agire degli enti, rammenta come in Francia, Italia e Ungheria esiste un modello misto di azione collettiva, tale per cui possono agire sia l'ente rappresentativo che il singolo individuo. E proprio per questa ragione riteniamo che il legislatore europeo avrebbe quantomeno potuto consentire agli Stati membri di implementare un sistema di legittimazione concorrente, in linea, del resto, con il deferimento, talvolta pilatesco, di regolazione ai singoli Stati.

[271] Il fatto che si faccia riferimento anche ad enti e autorità pubblici è il precipitato della matrice pubblicistica, ancorché in senso lato, della posizione soggettiva oggetto di tutela, ovverosia gli interessi generali dei consumatori.

[272] Critico con riferimento a suddetto atto di certificazione pubblica è M. Bona, "*La direttiva UE/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori"* citata, pagina 256, poiché in questo modo risulta preclusa la legittimazione delle associazioni di consumatori legate a studi legali a causa della influenza di un interesse economico. L'osservazione dell'Autore appare congrua e opportuna, dal momento che, pur sussistendo il rischio di una influenza economica da parte dello studio legale, l'obbligo di comunicare le fonti di finanziamento rimarrebbe fermo e, peraltro, la direttiva stessa appronta delle possibili misure di sostegno economico agli enti legittimati, che gli Stati membri sono tenuti a introdurre.

[273] Pertanto, ad esempio, a nulla rileva il fatto che un ente con legittimazione ottenuta in Italia adisca un organo giurisdizionale ovvero una autorità amministrativa di un altro Stato UE, ove il predetto possieda la designazione pubblicistica anche in quest'ultimo. In questo modo, però, si attribuisce una eccessiva importanza ad un atto di riconoscimento di matrice pubblicistica, quando, ai fini di un più ampio ed effettivo accesso alla giustizia, sarebbe stato opportuno incentivare direttamente le iniziative private. Peraltro, il criterio in parola prescelto dal legislatore può considerarsi quale conseguenza necessaria e inevitabile della assoluta mancanza di disposizioni inerenti alla individuazione della giurisdizione. Disposizioni che, nel quadro di azioni transfrontaliere, si configurano come imprescindibili.

rappresentative, obbligatori per le azioni transfrontaliere, ma estendibili da parte dei Paesi UE anche alle azioni di respiro municipale[274]. Nello specifico, ai sensi del considerando n. 25 e dell'art. 4 della Direttiva[275]: gli enti devono esser costituiti in conformità al diritto nazionale[276]e non devono perseguire uno scopo di lucro; devono possedere un grado di stabilità e devono svolgere una attività pubblica tali da poter adeguatamente rappresentare gli interessi collettivi dei consumatori, motivo per cui gli organismi interessati sono tenuti a dimostrare almeno 12 mesi di suddetta attività antecedentemente alla formulazione della richiesta di designazione; non devono esser sottoposti a procedure di insolvenza ovvero esser stati dichiarati insolventi; il loro oggetto sociale deve attenere alla tutela degli interessi dei consumatori[277]. Inoltre, gli organismi con legittimazione ad agire devono essere contraddistinti da indipendenza e non essere influenzati da soggetti terzi diversi dai consumatori, i quali potrebbero avere un interesse economico opposto a quello dedotto in giudizio. Per tale ragione, gli enti devono altresì esser dotati di procedure atte a prevenire tali influssi esterni e conflitti di interesse[278]. Si tratta di disposizioni che trovano la propria ragion

[274] Gli Stati possono certamente introdurre norme e requisiti più rigorosi, nel rispetto dei principi di non discriminazione e di effettività, non potendo quindi sussistere un regime più agevolato per la proposizione delle sole iniziative nazionali. B. Gsell, "*The new European Directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers- a huge, but blurry step forward"* citata pagina 1373, evidenzia il rischio che sia introdotto un regime di designazione più generoso e accogliente per gli enti e le azioni nazionali, a scapito delle azioni transfrontaliere e delle iniziative di enti di altri Paesi UE.

[275] V'è da dire come l'articolo e il considerando in parola costituiscano in realtà due meri duplicati che non aggiungono nulla alla definizione dei requisiti necessari alla legittimazione. L. Hornkohl, opera citata, apgina 192, sottolinea come suddetti criteri agevolino il riconoscimento reciproco nell'ambito di azioni transfrontaliere e, dunque, l'*enforcement* del diritto Ue nei Paesi membri.

[276] M. De Cristofaro "*Azioni rappresentative e tutela dei consumatori. La lunga marcia che ha condotto all'approvazione della Dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*" citata, pagina 1037, esclude quindi possa trattarsi di associazioni non riconosciute. *Contra* G. Vecchio, "*Azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi: le associazioni dei consumatori hanno più considerazione in Europa che in Italia*?", "*federalismi.it*", 13/2022, pagina 236, secondo il quale sarebbe legittimato a chiedere la designazione ogni organismo dotato di autonoma soggettività giuridica. Senonché, i requisiti scolpiti nella direttiva propedeutici ad ottenere una certificazione pubblica presuppongono che l'ente richiedente possieda una personalità giuridica, alla luce dell'obbligo di fornire informazioni sullo stato patrimoniale dell'ente e sui finanziamenti ricevuti**.**

[277] P. Poretti, "*Collective redress in the European Union- Current issues and future outlook*" in "*EU and Comparative Law Issues and Challenges*", 3/2019, pagina 357, mette in luce come la direttiva in parola taccia sulla occorrenza o meno del conferimento di un mandato all'ente, lacuna che, unitamente alla già preponderante discrezionalità rimessa agli Stati UE, rischia di costituire ulteriore fattore di differenziazione tra le discipline nazionali. Aggiungiamo che il mancato riferimento all'occorrenza o meno di un mandato è particolarmente problematico in considerazione della tipologia di azione prescelta dal legislatore eurounitario.

[278] Tralasciando il fatto che meccanismi e procedure di controlli interni come intesi dal legislatore possono certamente riscontrarsi nelle persone giuridiche, non può non evidenziarsi come appaia improbabile che semplici associazioni di consumatori possano dotarsi utilmente di tali strumenti preventivi, anche perché occorrerebbero poi un organismo di controllo ed uno di enforcement, preposto ad assicurare la eliminazione di patologiche e indebite influenze esterne. Influenze, peraltro, che si presenteranno fisiologicamente, dal momento che la direttiva, alla stregua di molti Stati membri, tra cui l'Italia, non contiene una regolamentazione del finanziamento di una lita da parte di un terzo. Si prospetta così non solo una differenziazione normativa tra i diversi ordinamenti, ma anche il rischio che il regolamento del rapporto di finanziamento venga rimesso *in toto* alla autonomia contrattuale, circostanza, questa, che poi può condurre verosimilmente ad abusi ai danni dei consumatori, venendosi così a creare un cortocircuito in termini di tutela. Ed invero,

d'essere nella introduzione a livello europeo dell'istituto del finanziamento della lite da parte del terzo, ancorché limitatamente alle azioni rappresentative[279]. Gli enti legittimati hanno inoltre l'obbligo di pubblicizzare, con un linguaggio semplice e comprensibile, informazioni attinenti ai requisiti sopraesposti e a fonti di finanziamento, struttura organizzativa, gestionale e partecipativa, oggetto sociale e attività svolta, ciò al fine di garantire una ampia accessibilità conoscitiva ai consumatori eventualmente interessati ad una iniziativa giudiziaria collettiva[280]. In verità, però, suddetta attività di pubblicazione è preposta anche alla verifica del possesso dei requisiti per la designazione, in fase preprocessuale e durante il giudizio. Ed invero gli Stati UE sono chiamati a svolgere una attività di monitoraggio periodico e istituzionalizzato su tali enti, almeno ogni cinque anni, con il fine ultimo di preservare gli interessi collettivi dei consumatori. A ciò si aggiunge, inoltre, una attività di verifica particolareggiata e incidentale[281], ogniqualvolta siano sollevate riserve, da parte della Commissione europea, cui deve trasmettersi l'elenco degli enti legittimati[282], dello Stato e, soprattutto, del professionista convenuto in giudizio[283]. I suesposti requisiti operano

pur essendo ovviamente possibile che l'influenzamento indebito proveniente da un terzo finanziatore riguardi il singolo consumatore componente di una classe, è innegabile il fatto che gli enti rappresentativi non siano adeguati a incardinare azioni di tipo risarcitorio (per la carenza di risorse umane, intellettuali ed economiche), potendo verosimilmente essere catturati e asserviti a operatori economici terzi con un interesse in causa, oltre ad essere condizionabili a livello politico. Sulla circostanza per cui gli enti in genere difettino di risorse economiche e umane per intentare un'azione, specialmente con riferimento a quelle collettive, particolarmente lunghe e gravose, si vedano A. Biard & X. Kramer, "*The Eu direcitve on representative actions for consumers: a milestone or another missed opportunity*?" in "*Zeitschrift fur Europaisches Privatrecht*", 2019, pagina 253. La mancanza di risorse in capo agli enti rappresentativi e la conseguente necessità di una forma di assistenza o supporto è evidenziata anche da Z. Juska, "*The effectiveness of antitrust collective litigation in European Union: a study of the principle of full compensation"* in "*IIC"*, 2017, pagina 81 e A. Stohr, opera citata, pagina 1616, il quale note anche come far dipendere l'ente no profit da fondi pubblici svilisca in concreto il concetto stesso di *private enforcemet*. A. Stadler, "*Are class actions finally (re)conquering Europe? Some remarks on Directive 2020/1828"* in "*Juridica International*", 30/2021, pagina 18, oltre alla carenza di risorse umane ed economiche delle associazioni consumeristiche, circostanza che già di per sé limita il ventaglio di iniziative giudiziarie concretamente e utilmente perseguibili da parte delle stesse, nota come talvolta suddetti enti dipendono da finanziamenti statili, ragion per cui è altamente probabile il rischio di una "cattura politica", ovverosia di un asservimento a determinati interessi politici. Anche L. Visscher- M. Faure, "*A law and economcs prospective on the Eu Directive on representative actions"* in "*Journal of Consumer Policy*", 2021, pagina 469, rimarcano come gli enti non profit, alla stregua di quelli pubblici eventualmente legittimati ad agire, possono perseguire scopi diversi da quello di cura degli interessi collettivi dei consumatori, potenzialmente a causa di condizionamenti di tipo politico.

[279] Per la verità è forse impreciso parlare di introduzione, posto che il legislatore europeo non ha fornito una definizione dell'istituto né ha elaborato una disciplina dello stesso con un quadro di regole basilari e requisiti minimi indispensabili.

[280] Per questo motivo le informazioni di cui sopra dovrebbero esser pubblicate sul sito web istituzionale dell'organizzazione.

[281] Essendo infatti i requisiti di cui all'art. 4 preposti a garantire l'adeguata rappresentatività degli interessi consumeristici da parte dell'ente, l'accertamento della loro sussistenza si configura come di primaria importanza, non solo nella fase preliminare del processo e/o procedimento.

[282] Ai sensi dell'art. 5 suddetto elenco deve indicare il nome (o meglio, la denominazione) e l'oggetto sociale degli enti. La Commissione, tra l'altro, alla stregua dei singoli Stati, è tenuta a pubblicare l'elenco con gli enti legittimati e a curarne l'aggiornamento, nell'evenienza di potenziali revoche.

[283] A quest'ultimo riguardo possono agevolmente prospettarsi abusi processuali in chiave dilatoria, conseguenza fisiologica della ammissibilità del finanziamento della lite da parte di un terzo. Anzi è verosimile che suddette riserve assurgano a questione preliminare di ogni azione rappresentativa. Ove, invece, le stesse venissero sollevate nel corso del

obbligatoriamente per le azioni transfrontaliere, ma gli Stati UE sono legittimati ad applicarli anche con riferimento alle azioni rappresentative nazionali. Correlato alla richiesta durata dell'attività svolta antecedentemente alla domanda di designazione è il divieto di legittimare enti creati *ad hoc*, ovverosia appositamente per una precipua azione rappresentativa[284]. Si tratta in realtà di un divieto assoluto per le sole azioni transfrontaliere. Il legislatore europeo consente la designazione *ad hoc* in parola per le azioni nazionali[285]; essa, però, deve esser rimessa all'organo giurisdizionale o alla autorità amministrativa aditi, ciò al fine di evitare condizionamenti politici e illeciti.

Il considerando n. 31, poi, in un'ottica sinergica, sembra promuovere la possibilità che enti di diversi Paesi UE si accordino per intentare azioni rappresentative nel medesimo foro, facendo però salvo il potere dell'organo giudiziale o amministrativo adito di riunire le stesse in un unico procedimento. Quanto prospettato dal legislatore europeo appare privo di un fondamento logico per due ordini di motivi. Anzitutto, la Direttiva è assolutamente sprovvista di qualsivoglia norma in punto di giurisdizione e, quindi, di determinazione del foro competente per le azioni transfrontaliere. Appare, dunque, illogico e in contrasto con l'impianto del testo normativo tutto il fatto che il legislatore abbia voluto avventurarsi sulla via di un potenziale coordinamento tra azioni di enti provenienti da diversi Stati UE, senza aver creato le fondamenta per questa tipologia di raccordo. In secondo luogo, sembra difficile cogliere quale sia la logica perseguita dal legislatore con questa proposta. Nell'ipotesi di contestuale pendenza di azioni rappresentative, infatti, la soluzione più razionale, al fine di evitare decisioni contrastanti, sarebbe quella di riunire le cause in un unico processo o

processo, a prescindere da una eventuale condotta abusiva -eventualmente valutabile ai fini di una condanna *ex* art. 96 c.p.c.-, sarà necessario procedere con un accertamento incidentale sulla questione, cui seguirebbero inevitabilmente lungaggini processuali, peraltro in contrasto con la speditezza cui aspira la Direttiva.

[284] L. Hornkohl, opera citata pagina 193, evidenzia opportunamente come una tale limitazione, specialmente con riferimento alle azioni transfrontaliere, in considerazione dello scandalo *Dieselgate*, precluda reazioni immediate ed efficaci a pratiche illecite e, quindi, un loro contrasto effettivo. Da questo punto di vista, per l'Autrice sarebbe bastato eliminare il requisito dei 12 mesi di attività anteriormente alla richiesta di designazione, posto che gli altri requisiti di cui all'art. 4 consentirebbero comunque di dimostrare la credibilità e la affidabilità dell'ente. E difatti, ancorché lo scopo della direttiva sia quello di evitare che le azioni rappresentative siano portate avanti da organismi con fini ulteriori e diversi rispetto alla tutela degli interessi dei consumatori, è evidente che la cautela in parola sia stata introdotta principalmente per salvaguardare la pozione delle imprese. G. Vecchio, opera citata, pagine 256-257, invece, sostiene addirittura che la previsione statutaria (anche se riteniamo che probabilmente sarebbe stato più corretto parlare di attività effettiva di cura degli interessi consumeristici, piuttosto che fare riferimento al dato meramente formale) sulla tutela degli interessi consumeristici debba essere esclusiva e non soltanto prevalente su altri eventuali fini, giungendo financo ad asserire che non dovrebbero essere legittimate le associazioni settoriali, le quali si propongono di tutelare, ad esempio, gli interessi di utenti televisivi o dei sevizi di trasporto. Quest'ultimo rilievo, oltre a essere intriso di esasperato formalismo, il cui unico risultato è quello di restringere ulteriormente i già angusti varchi di accesso alla giustizia, rifugge da qualsivoglia logica giuridica. Alla nozione di consumatore, infatti, è da ritenersi equivalente, alla luce dell'Allegato I della Direttiva, quella di utente, cliente e investitore.

[285] Purché, ovviamente, l'organismo richiedente possieda tutti i requisiti previsti per ottenere la designazione.

procedimento e, a monte, gli enti dovrebbero coordinarsi per intentare una unica azione rappresentativa transfrontaliera.

Affianco ai suesposti requisiti ontologici vi sono anche quelli operativi, dal momento che gli enti legittimati, in considerazione della natura rappresentativa dell'azione, sono tenuti a fornire all'autorità adita tutte le informazioni necessarie ad individuare il gruppo di consumatori, incluso il luogo in cui è occorso o potrebbe occorrere l'evento dannoso, al fine di determinare il diritto applicabile. Il grado di dettaglio delle informazioni da fornire ovviamente cresce nelle ipotesi di un sistema adesivo di opt-in, dato che, in quest'ultima evenienza, v'è un onere di manifestazione espressa di volontà in capo ai consumatori, con conseguente agevolazione, per l'ente e per l'organo adito, di individuazione dei confini del gruppo, e dei rimedi risarcitori. Per questi ultimi, difatti, fermo restando il fatto che l'ente legittimato non dovrebbe esser tenuto a identificare individualmente le persone fisiche rappresentate, l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa innanzi a cui è incardinata l'iniziativa collettiva devono poter ottenere informazioni attinenti a questioni di fatto e di diritto[286], di modo da poter valutare, sin dalle primissime fasi processuali o procedurali[287], se il "caso" (così il considerando n. 49) possa costituire oggetto di una azione rappresentativa, in considerazione della natura della violazione e della tipologia di danni verificatisi[288]. Considerate le caratteristiche ontologiche che devono esser possedute dagli enti legittimati, non può che sussistere su questi ultimi un obbligo di assoluta trasparenza, nei confronti dei consumatori rappresentati e di quelli interessati ad aderire ad una azione rappresentativa, nonché della autorità adita. La richiesta trasparenza deve ruguardare principalmente le fonti di finanziamento di cui gode l'ente legittimato, con riferimento alla attività generalmente svolta e con riguardo alla precipua azione incardinata o da incardinare. Soltanto in questo modo, infatti, l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa possono accertare la sussistenza o meno di conflitti di interessi e, quindi, di interessi economici del terzo

[286] Pur tacendo sul punto, è verosimile che debba trattarsi di questioni comuni, dacché requisito implicito delle azioni rappresentative immaginate dal legislatore europeo non può che essere l'omogeneità delle posizioni soggettive sottostanti, in assenza delle quali non potrebbe parlarsi poi di interessi collettivi dei consumatori.

[287] Quindi la fase di ammissibilità dovrebbe essere tassello imprescindibile del procedimento di matrice collettiva.

[288] Non possono non notarsi la assoluta imprecisione e il carattere atecnico della disposizione in parola. Tenuto conto delle intrusioni del legislatore europeo nel diritto processuale degli Stati membri, in prospettiva della formazione progressiva di un diritto processuale europeo, occorrono inevitabilmente acribia e rigore tecnico, a livello terminologico, metodologico e normativo, Elementi, questi, che non sembrano potersi ricondurre alla direttiva del 2020. Ad ogni modo, il considerando n. 49 deve essere inteso nei termini di vaglio di ammissibilità dell'azione.

finanziatore che potrebbero collidere con quelli dei consumatori[289], facendo quindi deviare l'azione rispetto all'ambito fisiologico di protezione e tutela. Pertanto, è assolutamente vietato che il terzo da cui promana il finanziamento sia un soggetto operante nel medesimo mercato del professionista convenuto, e, quindi, suo concorrente effettivo o anche solo potenziale[290], ovvero dipenda dal predetto, a qualsiasi titolo[291]. Nonostante la delicatezza dei problemi e la elevata probabilità che questi si verifichino, il legislatore europeo ha dedicato poche e scarne disposizioni al finanziamento della lite da parte del terzo (di seguito anche *third party litigation funding* o TPLF). Ed invero, il considerando n. 52 e l'art. 10 si limitano a imporre il rispetto di trasparenza e indipendenza dell'ente rispetto al terzo e l'assenza di conflitti di interesse, il cui presentarsi deve essere affrontato da parte dell'autorità, giurisdizionale e/o amministrativa, adita con le misure necessarie e appropriate[292] e senza pregiudicare gli interessi dei consumatori. Al fine di consentire l'espletamento di suddetta attività di controllo, gli enti legittimati sono tenuti a fornire un resoconto finanziario indicante tutte le fonti di

[289] In particolare, questo contrasto di interessi è destinato a manifestarsi con indebite influenze del terzo finanziatore nella gestione processuale dell'azione, e quindi nella elaborazione della strategia processuale, nonchè con condizionamenti delle scelte dell'ente, ad esempio in fase transattiva.

[290] Al riguardo ci sembra opportuno il rilievo di A. Giussani, "*Class actions e finanziamento delle liti"* in "*Rivista trimestrale di diritto processuale civile*", 2/2020, 314, secondo cui appare contraddittorio vietare ad un operatore economico concorrente del convenuto, rimasto estraneo, ad esempio, ad una intesa restrittiva della concorrenza, di finanziare la lite. Si sarebbe, infatti, potuta predisporre al riguardo una forma di finanziamento da parte di un concorrente danneggiato dall'illecito antitrust che assumesse la conformazione e la finalità dell'istituto di cui all'art. 125 Codice della proprietà industriale, ovverosia la retrocessione dei profitti illeciti, peraltro, alternativa alla liquidazione del lucro cessante. Ed invero, stante l'anacronistico antagonismo, e a livello europeo e a livello nazionale, avverso risarcimenti di tipo punitivo, viene così pretermessa una effettiva prospettiva di efficacia deterrente, consistente nella aggressione dei profitti illeciti.

[291] Nell'evenienza in cui si concettizzi una delle situazioni in parola, in teoria il conflitto di interessi deve esser ritenuto oggettivamente sussistente, e non già soltanto presuntivamente. Riteniamo infatti che non debba considerarsi ammessa la prova contraria, posto che è praticamente impossibile immaginare uno scenario in cui il terzo concorrente o dipendente dal professionista convenuto non abbia interessi allineati a quelli di quest'ultimo. Ad ogni modo, anche se così dovesse essere, primaria necessità è quella di salvaguardare interessi collettivi e diritti dei consumatori, adottando ogni misura cautelativa possibile, e, quindi, anche la declaratoria di inammissibilità dell'azione rappresentativa.

[292] A titolo esemplificativo si indicano la richiesta nei confronti dell'ente legittimato di rifiutare il finanziamento o di modificare le condizioni dello stesso, l'opposizione alla legittimazione ad agire, la declaratoria di inammissibilità dell'azione atta a ottenere rimedi risarcitori. Le prime due misure risultano idonee e opportune solo dal punto di vista teorico, dacché all'atto pratico la conseguenza è insterilire una iniziativa giudiziaria, togliendole la linfa vitale. Peraltro, richiedere ad un ente di modificare un finanziamento implica un controllo rigoroso del contenuto del contratto con il terzo, con inevitabile sacrificio della speditezza processuale divisata da parte del legislatore europeo. La richiesta di rifiutare il finanziamento, invece, potrebbe provocare una indebita incursione nell'autonomia negoziale delle parti. Il riferimento alla opposizione alla legittimazione ad agire è improprio, posto che può essere il resistente a opporsi alla legittimazione ad agire, mentre l'organo adito può al più rilevare d'ufficio il difetto dei requisiti dell'ente, e rifugge quindi da ogni logica giuridica. Non è chiaro infatti quale possa essere l'utilità di una opposizione in tal senso, considerato che, vista la limitazione della *legitimatio ad causam* ad enti, peraltro dopo un atto di legittimazione pubblico, non possono aver luogo fenomeni successori. Nelle azioni di classe, invece, ove il ricorrente risulti inadeguato a curare gli interessi della classe, può subentrare un componente della stessa. Si dovrebbe quindi sostenere che già in una fase prodromica il processo e/o procedimento dovrebbero sospendersi per ricercare un altro ente legittimato disponibile ad esperire l'azione. L'unica misura concretamente idonea a salvaguardare la parte resistente e, al contempo, i diritti dei consumatori è quindi la dichiarazione di inammissibilità per conflitto di interessi ovvero inadeguatezza dell'ente a curare gli interessi del gruppo poiché sprovvisto dei finanziamenti. E, trattandosi di pronunzia di mero rito, la medesima azione sarà riproponibile.

finanziamento. Rifuggendo da qualsivoglia logica definitoria e disciplinatoria, il legislatore UE non ha fornito una cornice normativa del finanziamento del terzo[293], asserendo però che ad esso sono assimilati: il finanziamento indiretto di organizzazioni finanziate con contributi dei loro membri; le donazioni, anche nell'alveo della responsabilità sociale delle imprese; il crowdfunding[294]. Anche con riferimento all'altro rischio intrinseco alle operazioni di finanziamento di terzo, ovverosia l'indebita influenza di questi nelle decisioni transattive[295], il legislatore si è limitato a rimettersi in modo pilatesco agli Stati membri. Quest'ultima scelta si configura come biasimevole, ancorché in linea con l'impianto incompleto e imperito della direttiva, posto che il legislatore ha deciso introdurre un controllo sugli accordi transattivi raggiunti tra ente e parte resistete di tipo sostanziale. Da questo punto di vista, allora, sarebbe stato opportuno prevedere l'introduzione di norme precauzionali finalizzate proprio a evitare interferenze indebite da parte di terzi. Da una specola generale, poi, occorre evidenziare che il fenomeno del *third party litigation funding* è destinato a concretizzarsi in accordi contrattuali e a influire sull'andamento del processo e/o procedimento tutto. Ed invero, è utopico e concretamente distante da ogni logica processuale credere che il terzo finanziatore non influisca, seppur in minima parte, sulla strategia processuale del soggetto finanziato e sulle sue scelte[296]. Del resto, si tratta di un soggetto giuridico, tendenzialmente una società,

[293] F. Marcos, opera citata, pagina 3, mette in luce la totale assenza di norme atte a disciplinare il finanziamento delle controversie. Anche L. Visscher- M. Faure, "*A law and economcs prospective on the Eu Directive on representative actions"* citata, pagine 472-478, evidenziano l'assenza di disposizioni in tal senso, parlando di valenza simbolica dell'istituto più che di concreta applicabilità dello stesso, con conseguente rischio di sottofinanziamento delle azioni rappresentative e, quindi, che la direttiva tutta rimanga in pratica lettera morta. I finanziamenti in parola cioè costituiscono una precondizione della effettiva implementazione delle azioni rappresentative. L. Hornkohl, opera citata, pagina 198, ritiene evidente che l'intento della direttiva, sul piano del *third party litigation funding*, sia stato proprio quello di salvaguardare maggiormente la posizione delle imprese.

[294]Non è dato sapere chi possa o debba occuparsi della raccolta fondi volta a finanziare l'azione. È improbabile che una iniziativa in tal senso da parte dell'ente legittimato possa avere un esito positivo, poiché il predetto dovrebbe rivolgersi ai consumatori, già ragionevolmente restii a sostenere i costi delle spese processuali. Ove di tale iniziativa dovesse invece occuparsi una impresa, risulta più agevole e opportuno ricorrere direttamente al TPLF, eliminando ostacoli e pastoie connesse alla ricerca di investitori/finanziatori e consentendo a questi ultimi di investire nell'azione rappresentativa senza mediazione alcuna. Se poi fossero i consumatori ad esser chiamati a occuparsi della attività di crowfunding, vi sarebbe giustamente da chiedersi perché non consentire loro di organizzarsi autonomamente, senza la presenza obbligatoria di un ente e scegliendo un rappresentante comune.

[295] A. Biard & X. Kramer, opera citata, pagina 7, mettono in luce come il *third party funding* vada a minacciare inevitabilmente l'indipendenza del promotore di una azione, oltre ad aprire la strada ad abusi processuali e alle transazioni ricattatorie. Quest'ultimo rilievo, è particolarmente importante, dal momento che il legislatore europeo ha fatto di tutto per allontanarsi dal modello statunitense di class action –precludendo la legittimazione del singolo componente del gruppo, un ruolo preminente dell'avvocato del ricorrente e i risarcimenti punitivi - per poi, però, rendere prospettabile il rischio che effettivamente contraddistingue i *settlements* nel Nord America, ovverosia condotte indebite di stampo ricattatorio.

[296] L. Visscher- M. Faure, opera citata, pagina 474, notano come sia impossibile, oltre che illogico, pretendere che il terzo non abbia un interesse economico in causa, posto che per definizione il finanziatore ne ha uno. Anche M. Bona, "*La direttiva UE/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori*" citata, pagina 259 sottolinea come sia inevitabile il rischio che gli interessi del finanziatore prevalgano su quelli della classe. B. Gsell, opera citata, pagina 1397, fa notare

molto probabilmente quotata, che si occupa istituzionalmente di investimenti, nell'alveo dei quali è riconducibile pienamente il finanziamento di una controversia da altri intrapresa. Lungi dall'affrontare, anche con la mera previsione di clausole di salvaguardia[297], tutte le problematiche che potrebbero originare dal *third party funding* [298], il legislatore UE non si è neppure premurato di disciplinare, ancorché mediante la fissazione di standard o norme di armonizzazione minima, l'operazione contrattuale sottostante. E si noti come suddetta mancanza si prospetta nell'ambito di rapporti consumeristici, i quali, come dimostra del resto la direttiva in esame, sembrano essere gli unici a ricevere le attenzioni del legislatore europeo. Si aggiunga che, in considerazione della elevata probabilità di conflitti di interesse e, conseguentemente, della necessità di evitare che la azione rappresentativa venga inquinata da interessi economici diversi da quelli collettivi dei consumatori, appare privo di senso non approntare norme di salvaguardia a tutela di questi ultimi, specialmente perché non è difficile immaginare condotte scorrette da parte del terzo finanziatore[299] (e.g. inserimento di clausole vessatorie nel contratto di finanziamento stipulato con l'ente rappresentativo). Da un punto di vista eminentemente pragmatico, poi, le parti del rapporto di finanziamento sono verosimilmente il terzo che stanzia i fondi e l'ente rappresentativo. Non è dato sapere se sia richiesta una manifestazione di volontà da parte dei consumatori. Quest'ultima, se può sembrare superflua nella ipotesi in cui il procedimento collettivo sia sorretto da un meccanismo adesivo di opt-out, come consentito dalla direttiva, potrebbe invece essere richiesta in un sistema di opt-in. Infine, altro aspetto non considerato da parte del legislatore è la scarsa propensione di terzi finanziatori ad investire in controversie afferenti a *small claims*[300], poiché non è detto che l'ammontare potenzialmente liquidabile sia elevato, oltre

come il rischio di conflitti di interessi sia strutturale nell'istituto del *third party litigation funding*. E proprio per questo, allora, si prospettava come necessario prevedere norme più dettagliate in punto di regolamentazione dell'operazione di finanziamento e di salvaguardia nell'evenienza di conflitti di interessi. Quanto previsto dalla direttiva, invece, è piuttosto vago.

[297] Su questo frangente, si ribadisce come il legislatore europeo si sia limitato a proclami di rispetto dei principi di trasparenza e indipendenza.

[298] Circostanza che sarebbe stato comunque logico attendersi, alla luce della presenza nella direttiva di norme di matrice processuale.

[299] Terzo finanziatore, il quale, tra l'altro, è un professionista, ovverosia un soggetto riconducibile alla definizione di cui all'art. 3 della direttiva, scopo della quale è quello di depurare il mercato da pratiche commerciali scorrette lesive degli interessi dei consumatori e della concorrenza. Ed è appena il caso di notare come comportamenti indebiti nella fase antecedente alla stipula del contratto, scaturenti dalla posizione di potere in cui ovviamente si trova il terzo, possono altresì costituire condotte contrarie al diritto UE. Ed invero, essendo stato aperto un varco per un nuovo mercato, ovverosia quello del finanziamento delle controverse, è fisiologico il rischio che lo stesso venga attanagliato da illeciti anticoncorrenziali e intese oligopolistiche.

[300] Per questo rilievo si veda A. Stadler, opera citata, pagina 20.

che, in generale, a sostenere azioni rappresentative volte ad ottenere rimedi diversi dal risarcimento del danno[301].

3 I rimedi esperibili.

Le azioni rappresentative sono esperibili al fine di ottenere provvedimenti inibitori, provvisori oppure definitivi, e risarcitori[302], anche congiuntamente[303], ciò al fine di agevolare l'onere probatorio degli enti ricorrenti e di eludere le lungaggini processuali. Con riferimento ai provvedimenti inibitori, occorre precisare che l'ente rappresentativo non ha l'onere di provare il danno subito dai consumatori, essendo pienamente possibile richiedere un provvedimento inibitorio a prescindere da esso, né l'elemento soggettivo della condotta posta in essere dal professionista. Bisogna notare come il legislatore europeo non abbia limitato la pronuncia inibitoria ad un ordine di cessazione della pratica denunziata o al divieto della stessa. Ai sensi dei consideranda numeri 33 e 40, infatti, i provvedimenti inibitori si prestano a stabilire obblighi precisi in capo al professionista[304] (e.g. l'obbligo di informare i consumatori su una precedente violazione, sì da renderli edotti di essere stati vittime di un illecito e, eventualmente, consentire loro di agire in via risarcitoria), possono imporre la pubblicazione della decisone inibitoria ovvero possono consistere in decisioni dichiarative, accertanti cioè l'avvenuta commissione di una condotta illecita, cessata però anteriormente alla proposizione dell'azione. Questo tipo di pronunzia si presta ad agevolare le iniziative risarcitorie, individuali o collettive, dei consumatori. Oltre ai provvedimenti definitivi, la direttiva consente di richiedere misure temporanee e aventi una funzione preventiva, ove la pratica potenzialmente illecita sia ancora in corso ovvero, ancorché non sia stata posta in essere, possa

[301] A ciò si aggiunga che non sussiste neppure la prospettiva che vengano liquidati risarcimenti punitivi, i quali certamente potrebbero ingenerare un maggiore interesse nei potenziali finanziatori.
[302] Intendendosi, però, con tale aggettivo tutte le tipologie di rimedi contemplate dagli artt. 3 e 10 della direttiva.
[303] Il fatto che i rimedi inibitori e risarcitori possano richiedersi con la medesima azione consente ai consumatori di non dover ricorrere necessariamente all'esperimento di azioni di seguito (azioni follow-on), cioè successive alla pronunzia inibitoria, per ottenere la compensazione dei danni patiti, così da eliminare una procedura altamente dispendiosa in termini di costi e tempo; per questi rilievi si veda L. Hornkohl, opera citata, pagina 194.
[304] M. De Cristofaro, opera citata, pagina 1029, rimarca come la direttiva non specifichi in concreto se gli obblighi del professionista consistano in un fare o in un dare, parlando, in modo generico di misure specifiche. Tale formulazione, però, si configura come meno ampia rispetto a quella contenuta, a livello nazionale, nell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., ove si parla di misure idonee a eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate, in linea, peraltro, con quanto previsto dall'abrogato art. 140 cod. consumo, comma 1 lettera b, che consentiva la adozione di misure idonee a correggere o eliminare egli effetti dannosi delle violazioni accertate.

cagionare un pregiudizio grave e irreversibile per i consumatori[305]. Le azioni rappresentative di tipo inibitorie, poi, devono esser trattate con la dovuta sollecitudine, che si traduce, per i provvedimenti provvisori, nella necessità di adottare un procedimento semplificato a cognizione sommatoria.

La disciplina sulla inibitoria appena descritta è certamente da accogliere con favore, specialmente avuto riguardo al regime probatorio semplificato, il quale si presta a superare l'asimmetria informativa e ad evitare che una pratica illecita in corso possa cagionare danni ulteriori ovvero rimanere impunita. Non si riesce a comprendere allora perché, in linea con l'esperienza assolutamente fallimentare della Direttiva 2009/22/CE –di cui, tra l'altro, il legislatore è consapevole-, sia stata prevista la possibilità[306] per l'ente legittimato di avviare un procedimento di consultazione preliminare innanzi ad un organismo pubblico indipendente con il professionista autore di una pratica potenzialmente illecita, al fine di consentire al predetto di cessare la condotta. Nell'evenienza in cui, entro due settimane dalla proposta notificata dall'ente, la pratica non sia cessata, si ha diritto ad agire in via inibitoria. Tralasciamo la problematicità di introdurre per i provvedimenti inibitori (ma ciò vale anche per quelli risarcitori) una condizione di procedibilità della domanda[307], palese e ingombrante ostacolo all'esperimento delle azioni. Non può non notarsi come un siffatto meccanismo preliminare collida prepotentemente con l'istanza di trattare con celerità le azioni inibitorie. Altra novità da salutare con favore è la previsione di un sistema di opt-out per le azioni rappresentative inibitorie[308], nonostante ciò non sia detto a chiare lettere da parte del legislatore. Ed invero l'art. 8 della direttiva precisa che non occorre per i consumatori la manifestazione della volontà di essere rappresentati dall'ente.

[305] Da questo punto di vista si può notare una significativa evoluzione rispetto alla Direttiva 2009/22/CE, la quale si limitava a prevedere genericamente che la cessazione di una pratica dovesse avvenire con sollecitudine o, se del caso, d'urgenza (in termini art. 2), tacendo però su misure provvisorie e preventive.

[306] Possibilità che, in presenza di un legislatore pigro, imperito e incapace di sperimentare così come di recepire un atto normativo europeo calandolo coerentemente in un sistema ben definito, si trasforma in obbligatorietà, come avvenuto in Italia.

[307] Ed invero, indipendentemente dal linguaggio sciatto e impreciso impiegato dal legislatore, di questo sembra trattarsi.

[308] In questo senso L. Hornkohl, opera citata, pagina 195, e B. Gsell, opera citata, pagina 1379. M. De Cristofaro, opera citata, pagina 1027, sostiene invece che, quando viene esperita una azione inibitoria, la legittimazione ad agire dell'ente è propria, essendo titolare della posizione soggettiva fatta valere. In realtà, posto che l'unica posizione soggettiva nominata nella direttiva corrisponde agli interessi collettivi dei consumatori e che il legislatore europeo stesso consente l'applicazione di un sistema adesivo di opt-out sia per le azioni inibitorie sia per quelle risarcitorie, non sembra possa avallarsi una differenziazione in punto di situazione giuridica soggettiva sottostante alla azione. Ciò anche in considerazione della denominazione delle azioni stesse, la quale rimanda inevitabilmente ad un rapporto di tipo rappresentativo, ancorché in assenza di un specifico mandato.

Volgendo lo sguardo alle azioni di tipo risarcitorio, per tali intendendosi le iniziative atte a ottenere un risarcimento dei danni, la risoluzione del contratto, la riparazione o la sostituzione del bene, la riduzione o il rimborso del prezzo pagato, il legislatore europeo si è premurato di precisare che i consumatori devono aver la possibilità di manifestare la propria volontà adesiva o meno, scolpendo quindi un meccanismo adesivo di opt-in, di opt-out ovvero una combinazione dei predetti. L'apertura nei confronti di un sistema di opt-out è certamente significativa e da accogliere favorevolmente, anche perché, in vari ordinamenti giudici[309], l'accesso a questo istituto era già consentito, peraltro, in alcuni casi, sulla base di una valutazione casistica. In linea con la Consultazione della Commissione del 2018, però, per i consumatori non residenti nello Stato in cui è incardinata l'azione l'unica strada per le adesioni è rappresentata dall'opt-in. In questo caso, infatti, la manifestazione espressa di una volontà adesiva è preposta a garantire una scelta maggiormente consapevole da parte dei consumatori interessati, oltre che a evitare eventuali decisioni incompatibili su diverse azioni parallele. Indipendentemente dal sistema di adesione prescelto dai Paesi UE, poi, i consumatori che abbiano manifestato, espressamente o meno, la volontà di prendere parte ad una azione rappresentativa, non possono associarsi ad altra iniziativa giudiziale con medesima *causa petendi*, avverso lo stesso professionista, né ovviamente possono incardinare una azione individuale con i medesimi fatti costitutivi e soggetto convenuto. In concreto, cioè, il legislatore europeo ha scolpito l'effetto consumativo dell'adesione, facendo salva, però, la facoltà per il singolo consumatore di fuoriuscire dalla azione rappresentativa. Su questo frangente, ancorché la direttiva riconnetta tale possibilità esclusivamente ad una eventuale transazione, riteniamo che il consumatore aderente detenga il diritto a sganciarsi dal gruppo rappresentato in giudizio anche in assenza di iniziative di tipo transattivo. Occorrerebbe, però, la fissazione di termini ben precisi[310], al fine di evitare condotte opportunistiche, lesive ovviamente della posizione del soggetto convenuto in giudizio, e segnatamente dell'affidamento di questi sulle dimensioni del gruppo. In considerazione della tipologia di pronuncia resa a seguito di un giudizio risarcitorio, il provvedimento di accoglimento deve identificare i singoli consumatori ovvero deve descrivere il gruppo, individuando anche il metodo di quantificazione del danno del danno e le misure che consumatori e professionista

[309] *Id est* Regno Unito, Olanda, Belgio,

[310] Ad esempio, nonostante non si tratti di un termine analiticamente definito, l'art. 840-undecies c.p.c. consente ai singoli aderenti di fuoriuscire dalla classe, attraverso un atto di revoca, fino a prima della definitività del decreto motivato, conclusivo della seconda fase del procedimento collettivo.

devono adottare per attuare in concreto i rimedi. Il riferimento a queste non meglio precisate misure è da collegare alla facoltà dei consumatori, in un'ottica di efficienza e celerità, di beneficiare direttamente, conformemente al diritto nazionale, dei provvedimenti decisori loro favorevoli, "senza essere soggetti a requisiti riguardanti una precedente partecipazione all'azione rappresentativa" (così il considerando n. 47). Tralasciando il fatto che i requisiti di cui all'art. 4 non potrebbero mai riferirsi a singole persone fisiche, dacché strutturati precipuamente con riferimento a organismi e persone giuridiche, l'intento del legislatore, impropriamente formulato, è verosimilmente quello di agevolare il giudizio di seguito che i singoli consumatori aderenti sono obbligati a instaurare, alla luce della scelta limitante del tipo di azione e di legittimazione. Ed invero, oltre che pragmaticamente inattuabile, non è giuridicamente pensabile che un provvedimento condannatorio nei confronti del professionista possa contenere le somme spettanti ai singoli consumatori, neppure in via equitativa, posto che la posizione soggettiva dedotta in giudizio è l'interesse collettivo dei consumatori, e non già i diritti individuali di questi[311]. Al fine di ovviare a questo inconveniente in termini di efficienza e speditezza del procedimento collettivo, il considerando n. 50 prevede che l'autorità amministrativa o giurisdizionale adita, nell'ipotesi di accoglimento dell'azione collettiva, possa determinare il metodo di quantificazione del danno. Si tratta ovviamente di una soluzione apparente del problema. E difatti, anche nell'evenienza in cui l'organo amministrativo o giudiziale adito vada a stabilire un criterio determinativo dei pregiudizi subiti, i singoli consumatori saranno comunque tenuti ad agire individualmente, seppur forti di una decisione attestante l'illiceità della condotta del professionista convenuto e la sussistenza di un danno. Ora, suddetta articolazione procedurale e/o processuale collide con la facoltà di richiedere congiuntamente rimedi inibitori e compensativi. Sarebbe stato più razionale consentire che le azioni rappresentative venissero incardinate da singoli consumatori, sì da tutelare effettivamente le posizioni soggettive del gruppo. E tuttavia, preso atto della scelta restrittiva del legislatore eurounitario, la quale impone fisiologicamente una biforcazione delle fasi di accertamento e risarcimento dei

[311] Può al riguardo, allora, notarsi la razionalità della elaborazione strutturale delle azioni di cui alla legge n. 31/2019, posto che, ove ad agire sia il singolo componente della classe, l'oggetto del giudizio coincide con il diritto soggettivo del predetto. Della pronunzia accertante la natura illecita della condotta del convenuto, però, possano beneficiare tutti i soggetti aderenti titolari di posizioni giuridiche omogenee. Ove, invece, agisca un ente in rappresentanza della classe, l'oggetto della pronunzia di accoglimento consiste nella attestazione di illiceità della condotta del convenuto eventualmente soccombente, decisione che, comunque, agevola sul piano probatorio il giudizio sulla sussistenza dei diritti risarcitori dei singoli aderenti.

danni[312], non può non evidenziarsi come precipitato logico di predetta scelta avrebbe dovuto essere quello di implementare in concreto le azioni follow-on, rifuggendo quindi da formulazioni vaghe come quelle di cui al considerando n. 47[313]. E queste formulazioni non possono che destare dubbi e critiche, risultando difficilmente spiegabile come il legislatore, seppur in presenza di un archetipo normativo dedicato prettamente proprio alle azioni di seguito, ovverosia la Direttiva 104/2014 sulle azioni risarcitorie antitrust, non abbia introdotto norme volte a consentire ai consumatori di avvalersi di una pregressa decisione loro favorevole.

Al fine di consentire ai consumatori interessati di aderire alle azioni rappresentative, l'art. 13 pone a carico degli enti legittimati degli obblighi di informazione. In particolare, gli enti sono tenuti a pubblicare sul proprio sito web le azioni che sono state intraprese, con gli eventuali risultati, e quelle *intraprendende*, di modo da consentire ai consumatori potenzialmente danneggiati di manifestare, espressamente o tacitamente, una volontà adesiva consapevole. A tale scopo devono essere rese disponibili altresì informazioni concernenti l'oggetto, le conseguenze giuridiche, effettive o eventuali, dell'azione rappresentativa, il gruppo di consumatori interessati dalla condotta da dedurre in giudizio. La spiegazione di questi elementi deve avvenire in un linguaggio chiaro e comprensibile, con l'indicazione delle misure che devono essere adottate dai consumatori per partecipare ad una azione rappresentativa. In aggiunta, il considerando n. 59 prevede che gli Stati UE indichino, fermo restando l'obbligo di informazione ricadente sugli enti, i soggetti ulteriormente preposti alla divulgazione di dati attinenti alle azioni rappresentative. Quest'ultima previsione mira a favorire adesioni in modo massiccio. Gli obblighi di diffusione di informazioni sulle azioni rappresentative, però, non riguardano soltanto la fase antecedente al giudizio e/o procedimento, ma anche la decisione finale. Ed invero, i considerando numeri 60 e 61 prevedono che i consumatori debbano essere resi edotti dei provvedimenti resi a conclusione dei procedimenti collettivi, proprio mediante le apposite strutture di cui sopra. In questo modo si possono concretizzare, mediante una potenziale incidenza negativa sulla reputazione del

[312] Biforcazione invitabile a meno che non voglia ammettersi la liquidazione di somme a titolo meramente simbolico a favore dei singoli consumatori, con sacrificio del principio di piena compensazione, tanto caro al diritto UE, e di quelli di deterrenza e prevenzione.

[313] Si potrebbe pure aggiungere che l'intelaiatura della direttiva è sul punto alquanto valliva e affatto coerente, dal momento che la sede in cui collocare le norme sulla vincolatività di decisioni di autorità nazionali attestanti la commissione di un illecito da parte del professionista sarebbe dovuta essere quella dedicata alle azioni di seguito.

professionista, le funzioni deterrente e preventiva delle azioni rappresentative[314]. Sempre al fine di agevolare la conoscenza da parte dei consumatori di iniziative collettive, da intraprendere, in corso di svolgimento o concluse, e degli enti legittimati a proporle, l'atto normativo europeo incoraggia gli Stati membri a dotarsi di banche dati elettroniche accessibili al pubblico tramite siti internet, le quali devono poi esser comunicate alla Commissione. Anche quest'ultima è tenuta a creare, gestire e aggiornare una banca dati preposta alle comunicazioni con i Paesi UE, con riguardo all'elenco degli enti legittimati di cui all'art. 5 della direttiva, e, in generale, alla cooperazione tra enti legittimati.

Il sistema informativo pensato dal legislatore europeo è improntato quindi alla più ampia accessibilità possibile e alla creazione di una rete comunicativa non solo tra le istituzioni eurounitarie e nazionali, ma anche tra gli enti di diversi Stati, di modo da intercettare efficacemente illeciti transnazionali.

A mente dell'art. 13, poi, l'autorità adita impone al professionista soccombente di informare, a proprie spese, i consumatori interessati delle decisioni definitive ovvero delle transazioni approvate, attraverso i mezzi più appropriati al caso di specie[315], e quindi anche mediante la comunicazione individuale telematica o cartacea, ed entro prefissati limiti temporali. La portata deterrente della norma è però stemperata subito dopo, dacché tale obbligo è escluso ove i consumatori siano venuti a conoscenza *aliunde* delle decisioni e delle transazioni approvate. Il proseguo della norma in parola, però, rischia di essere totalmente insterilito dalla facoltà riconosciuta agli Stati membri di poter subordinare un tale obbligo in capo al professionista ad una specifica richiesta in tal senso dell'ente. Ancor più problematico è il fatto che questi ultimi due correttivi non vengono riferiti allo speculare obbligo di informazione che ricade sull'ente legittimato nell'ipotesi di soccombenza.

Infine, allo scopo di agevolare la proposizione di azioni rappresentative, il testo eurounitario impone agli Stati membri di introdurre misure di sostegno economico, atte a evitare che i costi processuali impediscano all'ente di esercitare il proprio diritto a chiedere provvedimenti

[314] Nonostante si tratti di misure certamente lodevoli, non può non sottolinearsi come sia la divulgazione preventiva delle iniziative collettive a poter esplicare maggiormente un effetto deterrente, inducendo il professionista, nel migliore nei casi, a cessare la condotta dannosa ovvero a transigere.

[315] Tra i vari strumenti indicati dalla direttiva ai fini informativi vi sono i social media, i siti web dell'ente legittimato e del professionista, quotidiani ad alta diffusione oppure in formato digitale, banche dati elettroniche nazionali, mercati online.

risarcitori o inibitori[316], quali possono essere il finanziamento pubblico[317], da intendersi anche come sostegno strutturale agli enti, l'applicazione di diritti amministrativi e giudiziari contenuti, l'accesso al patrocinio a spese dello Stato[318]. L'apertura verso forme di sostegno agli enti dimostrata a livello europeo si configura come debole e probabilmente futile[319]. Da una parte, se il legislatore ha ritenuto opportuno porre le basi per operazioni di *third party funding*, non si comprende perché si sia poi tirato indietro, rifiutandosi di irreggimentare suddetto fenomeno, quantomeno nella sua dimensione sostanziale (*id est* tipologia di contratto, clausole vietate, obblighi preliminari di informazione). Ed invero se si percorresse in modo convinto la strada del finanziamento delle controversie da parte di un terzo adottando le debite cautele, le altre misure menzionate dal legislatore risulterebbero non necessarie e di scarsa utilità pratica, anche perché si farebbe affidamento su risorse private e non pubbliche. D'altra parte, dovendo prendere atto della lacunosità e della vaghezza della direttiva, è comunque innegabile che le misure immaginate dal legislatore europeo, senza una regolamentazione precipua a livello nazionale, non sembrano destinate a concretizzare lo sperato obiettivo di agevolare l'accesso alla giustizia.

[316] Riteniamo che, a prescindere dal tipo di istituto prescelto da legislatore per offrire una tutte collettiva, non possa in alcun modo sostenersi che la legittimazione dell'ente sia propria, nel senso che la posizione soggettiva dedotta in un giudizio o procedimento sia riconducibile al predetto, specialmente perché la direttiva stessa parla di interessi collettivi dei consumatori. E l'illogicità intrinseca di quanto affermato da legislatore è evidente se si considera che i provvedimenti richiedibili sono inibitori e risarcitori. Si tratta cioè di decisioni che possono esplicare i propri effetti in concreto nella sfera giuridica dei consumatori rappresentati. Peraltro, il considerando n. 70 afferma che è l'interesse dei consumatori a costituire un interesse pubblico e, per tale ragione, si deve incentivare la proporzione di azioni rappresentative.

[317] Oltre che altamente impraticabile, questo genere di misura pone i suesposti rischi di assoggettamento dell'ente a scopi e mire politici, che possono verosimilmente ledere gli interessi dei consumatori, specie se volti a consentire una protezione prioritaria al mondo imprenditoriale. Tra l'altro, preme evidenziare come il legislatore europeo precisi che gli Stati UE non dovrebbero esser tenuti a finanziare le azioni rappresentative. Fermo restando il fatto che sia in quest'ultima evenienza che nell'ipotesi di finanziamento strutturale all'ente si pongono rilevanti rischi di condizionamenti esterni e conflitti di interessi, sarebbe probabilmente più logico e sicuro un finanziamento pubblico di singole azioni collettive. Sarebbe così possibile un più diretto perseguimento dell'interesse pubblico, previa valutazione della consistenza dello stesso e della opportunità della azione giudiziaria, valutazione, tra l'altro, già richiesta in sede di legittimazione ad agire nei confronti di un ente costituito *ad hoc*. In tal modo si eviterebbe anche un asservimento generale e fisiologico dell'organo finanziato. Da una specola generale, poi, osserviamo che l'ordinamento giuridico in cui forse la azione pubblica è meglio vicariata da quella privata è quello statunitense. E al riguardo non può non osservarsi che come il vuoto antagonismo verso il sistema statunitense non fa altro che allontanare la normativa europea dagli obiettivi che la stessa si prefigge.

[318] Anche tale misura, quantomeno nell'ordinamento giuridico italiano, non sembra quella più idonea al conseguimento dello scopo della normativa europea, ovverosia non scoraggiare le iniziative giudiziali degli enti. Ciò non tanto dal punto di vista delle risorse economiche, quanto piuttosto perché sarebbe più opportuno incentivare la classe forense -anche mediante una legittimazione generalizzata dei patti di quota lite- a specializzarsi nel settore delle azioni rappresentative e di classe. In questo modo gli incentivi ad agire e a stimolare la proposizione di azioni giudiziarie sarebbero decisamente più performanti.

[319] B. Gsell, opera citata, pagina 1394, seppur esprimendosi in modo meno critico, evidenzia il rischio di un generalizzato sottofinanziamento delle azioni rappresentative, dacché la direttiva rimette *in toto* agli Stati europei la scelta degli strumenti di finanziamento. Riteniamo, però, ancor prima di questo fondato rilievo, non sia stata considerata dal legislatore europeo la carenza strutturale di fondi.

4 Il ruolo dell'aderente.

Altra lacuna significativa che contraddistingue la Direttiva 2020/1828 attiene alla regolamentazione della posizione giuridica dei consumatori aderenti. L'unica norma loro dedicata, infatti, è quella del potere consumativo della adesione, tale per cui i predetti, dopo aver aderito ad una azione rappresentativa, non possono far valere la medesima pretesa nei confronti dello stesso professionista con una domanda individuale né con un'altra azione collettiva. In considerazione della tipologia di tutela prescelta dal legislatore europeo, poi, i consumatori rappresentati non possiedono alcun potere processuale. Specularmente, essi non devono sostenere alcun obbligo nell'ipotesi di soccombenza. Ed invero gli aderenti non sono tenuti al pagamento delle spese processuali, salvo che in presenza di una condotta intenzionale oppure negligente, quale il prolungamento del processo riconducibile ad una condotta illecita, proprio perché non acquistano la qualità di parti[320]. Tale carenza di stato soggettivo, determinante una violazione del diritto di difesa, è peraltro ribadita dal legislatore europeo. Il considerando n. 36, infatti, pur consentendo agli Stati UE di introdurre facoltativamente norme che consentano agli aderenti l'esercizio di "determinati diritti", scolpisce patentemente il fatto che questi non acquistano la qualità di parte né possono interferire con le decisioni dell'ente legittimato. In particolare, gli aderenti sono deprivati del diritto a richiedere l'assunzione di mezzi di prova e di esperire ricorsi individuali avverso le decisioni dell'organo giurisdizionale ovvero dell'autorità amministrativa adita. Tralasciando il fatto che non è dato sapere, alla luce di queste due ultime preclusioni, quali possano essere i diritti esercitabili da parte degli aderenti, occorre notare come esautorare *in toto* i predetti dei poteri di iniziativa è propedeutico a consentire certezza e unitarietà alla strategia processuale intrapresa dall'ente legittimato, anche in fase transattiva. Si eviterebbe così una procedura collettiva dispersiva o disomogenea. E tuttavia, posto che le posizioni giuridiche fatte valere fanno comunque capo ai consumatori, e non già all'ente, il quale agisce, seppur senza mandato, nel loro interesse, si configura come critica, in termini di protezione del diritto di difesa, la mancata previsione di un potere di impugnativa da parte degli aderenti. E questa lacuna compromette il diritto ad

[320] E difatti il professionista convenuto, in sede di procedure transattive, è chiamato ad interfacciarsi soltanto con l'ente rappresentativo.

accedere ad una tutela giurisdizionale effettiva e piena[321] dal momento che la direttiva non contiene clausole di salvaguardia, quali, ad esempio, il potere di revocare la pregressa adesione ad una azione rappresentativa e fuoriuscire dal gruppo. Il legislatore europeo, infatti, ha riconosciuto la facoltà di non rimanere vincolati esclusivamente con riguardo alle determinazioni in sede transattiva. Nell'elaborazione di un istituto marcatamente processuale, quale quello in esame, avente risvolti significativi sul diritto di difesa, sarebbe stato opportuno devolvere alla discrezionalità dei Paesi UE la determinazione dello status di aderente, tenuto conto delle preponderanti implicazioni processuali afferenti al potere di impugnativa e dei già ampi margini di discrezionalità disciplinatoria lasciati agli ordinamenti nazionali, peraltro in ambiti che avrebbero, di contro, richiesto una maggiore armonizzazione in chiave di uniformazione normativa.

5 Il valore probatorio di una decisione definitiva.

L'art. 15 della direttiva scolpisce l'efficacia espansiva dell'accertamento contenuto in una decisione definitiva, cioè contro cui non si possono più esperire gli ordinari mezzi di impugnazione, di una autorità amministrativa ovvero di un organo giurisdizionale di qualsiasi Stato membro. Tale decisione può essere invocata da tutte le parti come prova nell'alveo degli eventuali giudizi di seguito risarcitori intentati nei confronti del medesimo professionista e relativamente alla stessa pratica[322]. Può subito notarsi una significativa regressione in termini di levatura giuridica della struttura della norma in materia di decisione definitiva rispetto alle disposizioni della Direttiva 104/2014. Fondamentale, infatti, è evidenziare come la scelta del legislatore, oltre a sostanziarsi in una definizione vaga e monca, non è netta né decisiva, posto che dall'art. 15 del presente atto normativo non sembra potersi trarre il riconoscimento di un valore vincolante al provvedimento attestante una violazione da parte di un professionista.

[321] Ci si riferisce: alla disciplina delle azioni transfrontaliere; ai requisiti previsti per la legittimazione ad agire degli enti; alla mancata individuazione di criteri univoci per la determinazione della giurisdizione e del foro competente; alle operazioni di finanziamento della azione rappresentativa da parte di un terzo.

[322] E. Camilleri, "*La Dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il sistema delle prove. La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di enforcement*?", pagina 1067, fa notare come l'utilizzabilità di siffatte decisioni definitive può sostanziarsi anche in una azione rappresentativa, preceduta ad esempio da una attestazione di una violazione della normativa europea o nazionale in sede amministrativa.

Quest'ultimo potrebbe al più considerarsi come una prova presuntiva[323] ovvero *prima facie*[324] di una violazione della normativa europea. In questo modo, andando a realizzare il monito sulla necessità di garantire l'indipendenza della magistratura e la libera valutazione delle prove da parte del giudice[325] (si veda in termini il considerando n. 64), la direttiva in parola mirerebbe a salvaguardare il libero convincimento e la pienezza delle decisioni degli organi giudiziali, contemperando i contrapposti i interessi di consumatori, i quali potranno comunque fare affidamento su una agevolazione dell'onere probatorio, e del professionista convenuto, cui viene riconosciuta la facoltà di addurre prova contraria[326] in merito alla attestazione della condotta (ancorché si tratti ovviamente di una *probatio diabilica*). Da una specola più ampia, oltre che ad agevolare l'onere probatorio in capo ai consumatori, la norma in parola mira a consentire un risparmio di costi e tempistiche processuali, essendo verosimile che la azione rappresentativa sia incardinata sulla base di un quadro probatorio robusto. In tal senso, l'art. 15 scongiura anche i rischi di decisioni contrastanti e di duplicazioni di accertamenti istruttori, nelle ipotesi in cui provvedimenti inibitori e risarcitori non vengano chiesti congiuntamente e, in generale, nei giudizi di seguito, i quali continuano a configurarsi come necessari in considerazione del fatto che la decisione di condanna al risarcimento non liquida il quantum individualmente spettante ai consumatori rappresentati. Nonostante, poi, la formulazione della norma europea non sia contraddistinta da particolare chiarezza[327], sembra plausibile sostenere, visto il riferimento a "tutte le parti"[328], la facoltà anche del professionista

[323] E. Camilleri, ultima opera citata, pagina 1068, rimarca come il valore da riconoscere a tale decisione sia materialmente rimesso alla discrezionalità degli Stati membri.

[324] Recuperando in quest'ottica gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità italiana anteriori alla entrata in vigore della direttiva sulle azioni risarcitorie antitrust.

[325] Su questo frangente, invece, B. Gsell, opera citata, pagina 1388, ritiene che sussista il problema di una indipendenza decisionale e valutativa del giudice civile, partendo, però, dal presupposto valore vincolante della decisone definitiva, che non ci sembra di poter condividere, dal momento che la direttiva impone agli Stati di consentire l'utilizzabilità in altri giudizi e/o procedimenti di una decisione di tal fatta, senza tuttavia dare una connotazione inequivocabilmente vincolante.

[326] In presenza, invece, di una vincolatività della attestazione della illiceità di una condotta, il convenuto, come avviene del resto in ambito antitrust, non potrebbe addurre prove già addotte in sede amministrava né potrebbe mettere in discussione quanto scolpito in un provvedimento definitivo.

[327] Ai fini definitori, infatti, sarebbe stato opportuno specificare, alla stregua del considerando n. 34 della direttiva 104/2014, che l'accertamento di cui ci si può avvalere in un altro giudizio attiene soltanto alla natura della violazione e alla sua portata materiale, personale, territoriale e temporale, rimanendo, quindi, a carico dell'ente ricorrente l'onere della prova del danno e la derivazione causale dello stesso.

[328] E. Camilleri, ultima opera citata, pagina 1071, critica la formulazione in parola, ritenendo che i consumatori non possano invocare tale provvedimento, posto che non possiedono la qualifica di parti, con conseguente pregiudizio per l'implementazione del private enforcement, non essendo ovviamente possibile creare irragionevoli limitazioni al fine di agevolare le azioni rappresentative in luogo di quelle individuali. *Contra* B. Gsell, opera citata, pagina 1388, la quale ritiene che il riferimento a "*tutte le parti*" debba intendersi proprio con riferimento ai consumatori, essendo scontato il riferimento all'ente e al professionista convenuto. A sostegno della posizione dell'A. si aggiunga che, alla luce necessarietà dei giudizi di seguito per la liquidazione del danno individualmente patito dai consumatori, questi saranno comunque abilitati a invocare una decisone definitiva. Ad ogni buon conto, se lo scopo è quello di garantire una tutela

convenuto, in caso di reiezione dell'azione rappresentativa, di invocare la attestazione negativa in punto di illiceità della condotta denunziata[329]. Anche su questo frangente, dunque, la scelta del legislatore del 2020 si presenta come più prudente e votata a contemperare i contrapposti interessi delle parti in causa pittosto che improntata al riconoscimento di un valore incontrovertibilmente vincolante, contenuto invece nella direttiva sulle azioni risarcitorie antitrust[330].

6 L'esibizione probatoria.

Conscio della asimmetria informativa che attanaglia le relazioni *business to consumer*, il legislatore UE ha congegnato l'istituto della esibizione probatoria al fine di consentire all'ente legittimato di entrare in possesso di elementi di prova afferenti alla condotta potenzialmente illecita dedotta in giudizio o in procedimento, i quali tendenzialmente si trovano nella esclusiva disponibilità del professionista[331]. Tuttavia, bisogna evidenziare come la ratio dell'istituto in parola, scolpita nel considerando n. 68, ancorché sempre in modo piuttosto vago e quasi inconsistente[332], è tradita e sovvertita nella disposizione di cui all'art. 18. Il considerando citato, infatti, si limita a prevedere che gli enti legittimati ad agire dovrebbero poter chiedere alla autorità adita un ordine di esibizione delle prove relative al loro reclamo[333], nei confronti del professionista ovvero di un terzo. In ossequio al principio della parità delle

giurisdizionale piena ed effettiva, in forza anche del dato letterale di cui sopra, può senz'altro sostenersi la invocabilità di provvedimenti definitivi in parola anche da parte dei singoli consumatori.

[329] Sostengono questa facoltà, in ossequio al principio della parità delle armi A. Storh "*The Implementation of Collective Redress – A Comparative Approach"* citata, pagina 1620, e E. Camilleri, ultima opera citata, pagina 1072, il quale, però, mette in luce come questa soluzione ermeneutica sarebbe ostacolata dalla formulazione dell'art. 15 della direttiva, e segnatamente dal riferimento ai giudizi volti alla adozione di provvedimenti risarcitori contro il professionista.

[330] L'approccio del legislatore eurounitario al riguardo è senz'altro ragionevole ed equilibrato. È appena il caso di notare, però, come ci si sarebbe potuto aspettare il riconoscimento di una siffatta valenza probatoria di una decisione definitiva attestante una condotta illecita nell'alveo della Direttiva 104/2014 piuttosto che in quella 1828/2020. Ed invero, visto l'impianto paternalistico di quest'ultimo atto normativo, desumibile dai limiti in punto di legittimazione ad agire e dei soggetti cui è indirizzata la tutela collettiva (i consumatori), una disposizione sul valore vincolante di una precedente determinazione sarebbe apparsa più sistematicamente allineata con i fini perseguiti dalle azioni rappresentative.

[331] Mentre l'art. 18 parla di professionista, il considerando n. 68 si riferisce, più opportunamente, alle imprese.

[332] Riteniamo, infatti, che, pur dovendo il legislatore europeo rispettare il principio della autonomia procedurale degli Stati membri, è stata palesemente intrapresa la strada disciplinatoria di un istituto marcatamente processuale, quale è l'azione rappresentativa, e sono stati introdotti istituti processuali (esibizione probatoria, valore probatorio di una decisione definitiva attestante una condotta illecita commessa dal professionista). E allora occorrono acribia e rigore metodologico e definitorio, non potendosi prescindere da una attenzione agli aspetti strettamente applicativi dei predetti istituti, circostanza, invece, che il legislatore europeo sembra aver totalmente ignorato.

[333] Sul punto si può notare la pochezza della traduzione italiana del testo normativo il quale parla correttamente di *claim*, ossia di pretesa, risultando difficile comprendere il riferimento ad un reclamo, posto che l'atto introduttivo del processo e/o procedimento è un ricorso e che l'istituto della esibizione probatoria può essere sollecitato con una richiesta e/o istanza istruttoria.

armi, suddetto diritto deve garantirsi anche al soggetto convenuto. La proporzionalità, la necessità e la estensione[334] dell'ordine esibitivo, nel rispetto del diritto procedurale nazionale, della normativa europea e nazionale sulla tutela della riservatezza, nonché della salvaguardia degli interessi dei terzi, sono rimesse alla valutazione dell'organo adito. Alla luce della palese ispirazione dell'istituto in parola, anche nella sua conformazione strutturale, all'art. 5 della Direttiva 104/2014, sussistevano senz'altro le basi per meglio perimetrare[335], in termini pragmatici e non già con fumosi riferimenti a proporzionalità e necessità, la portata dell'istituto. Sarebbe stato opportuno cioè un riferimento alla necessità di salvaguardare segreto professionale, segreti commerciali, know-how, proprietà intellettuale, liste dei clienti. La ratio dell'istituto di esibizione probatoria e il principio della parità delle armi sono poi conculcati dall'art. 18 della direttiva 1828/2020, ove si impone anzitutto all'ente ricorrente di fornire prove ragionevolmente disponibili sufficienti per supportare la azione e di indicare ulteriori elementi probatori nella disponibilità del convenuto o di un terzo[336]. In pratica, quindi, in netto contrasto con lo scopo della esibizione probatoria, l'ente legittimato, prima di avanzare la richiesta in esame, deve aver fornito prove nella propria disponibilità di per sé sufficienti a tratteggiare la fondatezza della iniziativa giudiziaria collettiva. È palese come il legislatore UE abbia obliato quanto scolpito nel considerando n. 68 in punto di asimmetria informativa. Potrebbe difatti risultare alquanto problematico e complesso per l'ente reperire elementi di prova -i quali, a causa della formulazione impropria dell'istituto, riteniamo non possano essere soltanto presuntivi- già nelle primissime fasi del processo e/o procedimento. Suddetto onere, inoltre, va a svilire la valutazione di carattere sommario e prognostico cui è tenuta l'autorità adita[337]. In aggiunta, l'ente deve indicare gli "ulteriori elementi di prova"[338]

[334] Al riguardo, riteniamo che sarebbe stato opportuno fare esclusivamente riferimento alla proporzionalità e non anche al criterio della necessità, posto che la formulazione così ariosa e vaga della disposizione, attributiva di una significativa discrezionalità all'autorità adita, rischia di concretizzarsi in ingiunzioni dalla matrice eccessivamente restrittiva. B. Gsell, opera citata, pagina 1386, nota come la norma in parola sia decisamente più imprecisa rispetto a quella di cui alla direttiva del 2014 in materia di tutela della riservatezza.

[335] L'art. 5 della Direttiva 104/2014 parla infatti di elementi di prova e categorie di prova "definiti nel modo più preciso e circoscritto possibile", tenendo in debito conto i costi che l'ordine di esibizione può comportare e adottando le misure necessarie atte a proteggere le informazioni riservate.

[336] E. Camilleri, ultima opera citata, pagina 1075, sottolinea come l'art. 5 della direttiva del 2014 sia sicuramente contraddistinto da maggiore razionalità, in quanto effettivamente votato alla necessità di superare l'asimmetria informativa.

[337] Del resto, questo tipo di valutazione emerge patentemente dall'art. 5 della direttiva sulle azioni risarcitorie antitrust. L'organo giurisdizionale e o l'autorità amministrativa devono materialmente fondare la propria determinazione sulla istanza di esibizione probatoria principalmente su prove o categorie di prova oggetto della istanza esibitiva e sulla capacità delle stesse di incidere sul proprio convincimento in punto di fondatezza della causa.

[338] Formulazione che presuppone appunto il previo assolvimento di un onere di prova, e non già di mera allegazione, da parte dell'ente richiedente.

trovantisi nella disponibilità dei potenziali destinatari dell'ordine di esibizione[339]. Solo in seguito, l'autorità adita può disporre suddetta esibizione, nel rispetto del diritto procedurale municipale e fatte salve le norme UE e nazionali in materia di riservatezza e proporzionalità. La norma in esame conclude, poi, che anche il convenuto può richiedere l'esibizione di prove pertinenti nella disponibilità dell'ente o di un terzo. L'aspetto problematico, sul punto, è la assenza di un pregresso assolvimento di onere probatorio in capo alla parte resistente, con inevitabile lesione della parità delle parti[340]. Una norma di tal fatta, in teoria, avrebbe potuto trovare la propria ragion d'essere se avesse avuto un più ristretto spettro applicativo, ovverosia se la richiesta istruttoria del professionista avesse avuto ad oggetto esclusivamente, o prevalentemente, documentazione attinente al *third party funding*. In tal modo, l'esibizione probatoria avrebbe avuto la finalità di disvelare o comunque scrutinare più celermente situazioni di potenziale conflitto di interessi ed abusi processuali.

L'art. 18 della direttiva in esame, dunque, pur traendo la sua fonte disciplinatoria dall'art. 5 della direttiva del 2014 sulle azioni risarcitorie antitrust, realizza una miscellanea impropria di espressioni e di concetti giuridici. Sarebbe stato più logico e congruo riconnettere l'avverbio "ragionevolmente" non alla disponibilità dell'ente ricorrente, bensì a quella del terzo o del convenuto, posto che il primo non può conoscere, quantomeno sino alla emissione dell'ordine esibitivo, se effettivamente i soggetti destinatari della richiesta possiedono gli elementi di prova indicati. Peraltro, limitare l'onere della prova in capo all'ente richiedente ai fini ella esibizione probatoria, oltre a essere una misura capace di intercettare la asimmetria informativa e le difficoltà di reperimento di elementi di prova sulla commissione di illeciti di massa che connotano la posizione consumeristica, avrebbe evitato anche la prospettazione di un rischio insito nella direttiva, ovverosia quello di anticipare eccessivamente il giudizio di merito della domanda alle fasi preliminari del procedimento collettivo. E difatti non può escludersi l'evenienza in cui la richiesta di esibizione probatoria venga avanzata già nelle

[339] B, Gsell, opera citata, per salvare la efficacia e la funzionalità dell'istituto, altrimenti condannato a essere "*una tigre senza denti*", ritiene sufficiente che l'ente ricorrente fornisca la plausibilità del fatto che talune informazioni, a supporto dell'azione rappresentativa, si trovino in documenti nella disponibilità della controparte. Si tratta ovviamente di una lettura ermeneutica ragionevole e collimante con alla ratio dell'istituto di esibizione, la quale, però, collide frontalmente con la lettera della norma. Quest'ultima, infatti, non si attaglia, illogicamente, al criterio della ragionevolezza e/o della plausibilità, bensì a quello della necessarietà degli elementi di prova.

[340] Lesione, tra l'altro, decisamente illogica, ché è alquanto improbabile, visti i rapporti di forza nelle relazioni *business to consumer*, che sia l'ente ricorrente a possedere documentazione non accessibile al professionista. Sulla violazione del principio della parità delle armi B. Gsell, opera citata, pagina 1387, visto che il convenuto, a differenza dell'ente, non ha l'onere di addurre prove anteriormente alla richiesta di esibizione sufficienti a dimostrare la fondatezza della propria linea difensiva. E. Camilleri, opera citata, pagina 1074, evidenzia come l'ente rappresentativo sia tenuto a fornire una *semiplena probatio*, mentre il professionista può limitarsi a formulare una richiesta generica indicante prove nell'altrui disponibilità.

primissime fasi del giudizio e/o del procedimento per dimostrare la non manifesta infondatezza della domanda. Sul punto ritentiamo che il legislatore europeo avrebbe potuto congegnare l'istituto della esibizione sulla falsariga della *discovery* statunitense, accessibile nella fase antecedente a un processo. Anche perchè non sarebbe sussistito il pericolo di richieste di tipo esplorativo, considerando che lo stesso è già insito nell'impianto della direttiva in parola, totalmente sprovvisto di disposizioni atte a salvaguardare la riservatezza dei dati contenuti nei documenti di cui si richiede l'esibizione.

7 Transazioni, prescrizione, spese processuali, sanzioni.

Il legislatore europeo mira a incoraggiare le transazioni collettive, i cui protagonisti sono il professionista convenuto in giudizio e l'ente legittimato[341]. I consumatori aderenti, non acquisendo lo stato di parte, non possono prendere alcuna iniziativa in tal senso, soggiacendo quindi agli effetti vincolanti della transazione eventualmente raggiunta, ferma però la loro facoltà di accettare o meno l'accordo conseguito. La proposta di transazione può esser formulata congiuntamente dalle parti innanzi all'autorità adita ovvero può essere l'organo giurisdizionale o amministrativo, d'ufficio, a invitare gli attori processuali a transigere. La norma più innovativa e significativa, però, attiene al potere dell'autorità adita di non approvare la proposta di accordo transattivo prospettata dalle parti, a seguito di un controllo non soltanto formale, ossia di rispetto della lettera della legge e di eventuali requisiti di forma, bensì sostanziale. La transazione, infatti, non può riceve l'approvazione ove contenga clausole lesive delle posizioni dei consumatori ovvero ove l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa la reputi iniqua. Il riferimento all'iniquità, oltre ad essere decisamente vago e problematico in termini di discrezionalità decisionale dell'organismo adito, apre un varco ad un controllo di tipo sostanziale[342] su una concertazione negoziale tra

[341] L. Visscher- M. Faure, opera citata, pagina 477, sottolineano come i costi di negoziazione siano particolarmente bassi nelle azioni rappresentative, posto che in sede transattiva si fronteggino soltanto ente legittimato e professionista convenuto.

[342] Sul fatto che il sistema di controllo approntato a livello europeo abbia una matrice sostanziale, tracimando i limiti della semplice verifica di legalità, e attenendo quindi alla meritevolezza dell'accordo, M. A. Astone, *Le transazioni concernenti i risarcimenti (art. 11 Dir. 2020/1828/UE)*", "NLCC", 4/2022, 1096. L'Autrice evidenzia opportunamente, come il rinvio ad un concetto indeterminato, quale quello di iniquità, se da una parte è atto a presidiare l'equilibrio tra le parti, pone il rischio che si concretizzi un sindacato giurisdizionale che si spinga fino a valutare l'adeguatezza del risarcimento concordato dalle parti ovvero di altro rimedio compensativo. Conseguentemente v'è da chiedersi se ciò non comprometta

privati. La valutazione che deve avvenire sulla proposta di transazione rischia difatti di comprimere l'autonomia decisionale delle parti, oltre a implicare delle verifiche comportanti un allungamento dei tempi processuali, situazione che invece il legislatore europeo mira a evitare[343]. E tuttavia, occorre rilevare che, in considerazione della generalizzata autorizzazione di procedure di finanziamento delle controversie seriali da parte di terzi, il controllo di merito, e quindi l'omologazione giudiziale, da parte dell'autorità adita sulle proposte transattive e/o conciliative può considerarsi come opportuno, sì da intercettare potenziali conflitti di interesse. Sarà, infatti, fisiologico e sensato l'interesse del finanziatore ad un celere raggiungimento di composizioni consensuali della controversia, con possibile sacrificio, però, degli interessi collettivi di consumatori e utenti.
Lacuna significativa poi, specie alla luce dell'attenzione che il legislatore europeo rivolge, quantomeno in teoria, alle fattispecie transnazionali e in considerazione degli effetti vincolanti degli accordi transattivi, è quella relativa al riconoscimento reciproco tra i Paesi membri di transazioni collettive[344].

Il legislatore, con riguardo al decorso del termine prescrizionale, non ha previsto una durata minima, posto che l'Allegato I della direttiva abbraccia ambiti normativi dedicati alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Si è quindi limitato a prevedere che la proposizione di una azione rappresentativa inibitoria dovrebbe comportare la sospensione o la interruzione anche del termine di prescrizione delle azioni risarcitorie e viceversa. Ai fini di preservare la certezza del diritto, però, gli effetti sospensivi o interruttivi in parola attengono soltanto alle pretese fatte valere a partire dal 25/06/2023, data entro cui la direttiva deve essere applicata da parte degli Stati membri, o successivamente. Lo scopo della previsione è quello di evitare che il termine di prescrizione spiri prima che sia incardinata una azione risarcitoria ovvero durante il procedimento inibitorio, frustrando così una tutela

l'autonomia privata. *Contra* B. Gsell, "*The new European Directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers- a huge, but blurry step forward"* citata, pagina 1392, che valuta favorevolmente questo controllo di merito, al fine di meglio tutelare le posizioni dei consumatori.

[343] Riteniamo infatti che, se l'intento dei legislatori europeo e nazionale era quello di favorire il ricorso a strumenti di tacitazione extragiudiziale della controversa, con conseguente accelerazione dei tempi processuali e risparmio delle risorse giurisdizionali, appare poco sensato imbastire una forma di controllo transattivo di tipo sostanziale. Sarebbe stato, infatti, sufficiente valorizzare l'adeguatezza dell'ente rappresentativo, già peraltro sottoposta ad un vaglio giudiziale in sede di valutazione di ammissibilità

[344] Sul punto A. Stadler, "*Are class actions finally (re)conquering Europe? Some remarks on Directive 2020/1828"*, pagina 21, fa correttamente notare come la lacuna non possa neppure essere colmata mediante l'applicazione dell'art. 59 del Regolamento di Bruxelles I (Reg. UE/1215/2012), dacché la norma si riferisce soltanto alla attuazione transfrontaliera di una transazione, mentre il riconoscimento reciproco, ai sensi dell'art. 36 del predetto Regolamento, attiene soltanto alle decisioni giudiziali.

giurisdizionale effettiva e piena[345]. Pur essendo condivisibile il fine perseguito dalla direttiva, oltre che collimante con la possibilità per l'ente legittimato di richiedere con un'unica azione provvedimenti inibitori e risarcitori, desta perplessità l'operatività dei suesposti effetti paralizzanti per tutti i consumatori, indipendentemente cioè dal fatto che essi siano rappresentati da un ente legittimato ovvero agiscano in proprio[346]. Ed invero, ancorché l'accertamento in sede inibitoria della illiceità di una condotta sia logicamente spendibile nei giudizi risarcitori di seguito, individuali o seriali, sarebbe stato opportuna una maggiore attenzione da parte del legislatore[347] nei confronti della posizione del soggetto convenuto, il quale potrebbe essere sovraesposto in termini di responsabilità[348].

Peraltro, il legislatore eurounitario non ha neppure chiarito in che modo i consumatori possono invocare le decisone in parola. Non è chiaro, infatti, se i provvedimenti previamente resi assurgano a grado di prova legale o *prima facie* ovvero se costituiscano semplici presunzioni[349].

Altra previsione critica attiene alla discrezionalità lasciata dall'atto normativo agli Stati membri in punto di scelta tra interruzione o sospensione della prescrizione, con rischi di differenziazioni rilevanti tra le normative nazionali e di *forum shopping*.

Come norma di chiusura, infine, il considerando n. 51 impone agli Stati di introdurre norme sulla destinazione delle somme liquidate e non riscosse, a seguito di un procedimento e/o di

[345] La ratio della disposizione in parola, in realtà, era anche quella di evitare ai professionisti di dover fronteggiare una pletora di azioni eventualmente incardinate contro di loro.

[346] B. Gsell, opera citata, pagina 1381, ritiene che la sospensione del termine prescrizionale debba operare anche per i consumatori non aderenti, sì da disincentivare condotte illecite sul mercato e consentire la diminuzione del numero di azioni individuali a seguito dell'accoglimento o del rigetto dell'azione seriale. Ed invero, nell'ipotesi di accoglimento di quest'ultima, il convenuto ha interesse a soddisfare il numero più elevato possibile di consumatori, al fine di evitare il rischio di soccombenza in azioni individuali. Nell'ipotesi di reiezione, invece, dell'iniziativa collettiva, i consumatori non hanno un concreto interesse ad agire, vista la mancanza di una prospettiva di vittoria. Il ragionamento dell'Autrice, oltre ad essere ispirato ad un utile pragmatismo giudiziario, pone sullo stesso piano il provvedimento di accoglimento e quello di rigetto, circostanza, però, non contemplata dalla Direttiva. Si aggiunga che non è chiaro cosa si debba intendere per "consumatori interessati dall'azione rappresentativa", posto che potrebbe trattarsi dei soli consumatori aderenti ovvero di tutte le persone fisiche potenzialmente lese da un illecito le quali potrebbero aderire. Riteniamo, però, che in presenza di un meccanismo di adesioni fondato sulla manifestazione espressa di volontà, si debba fare riferimento soltanto a coloro i quali hanno già aderito, salvi ovviamente i casi in cui siano previsti più termini per l'adesione. Al riguardo, si pensi alla normativa italiana che prevede due possibilità di adesioni, dopo la declaratoria di ammissibilità della domanda e dopo la pronunzia della sentenza di accoglimento.

[347] E per la verità sarebbe stato necessario anche un maggiore rigore giuridico, posto che solo se l'azione inibitoria è preposta a tutelare gli interessi collettivi dei consumatori si può ammettere una invocazione della decisione attestante la commissione di un illecito da parte del professionista in giudizi e/o procedimenti individuali. Invece, indebitamente, l'art. 20 della direttiva fa riferimento a un diritto proprio degli enti.

[348] Ricordiamo infatti che nella nozione di professionista sono inclusi anche i lavoratori autonomi e le piccole e medie imprese, le quali di certo non hanno le risorse delle grandi imprese né, in genere, sono artefici dei illeciti plurioffensivi particolarmente rilevanti, ossia la tipologia di condotte che le azioni seriali mirano a contrastare.

[349] Ovviamente il problema non dovrebbe porsi nell'ipotesi in cui i consumatori interessati richiamino una decisione definitiva, cioè non più soggetta a revisione o mezzi di impugnazione.

un giudizio seriale, ad eventuali fondi di risarcimento. Al riguardo, basta rilevare che la norma sembra descrivere maggiormente un termine di decadenza ulteriore e distinto rispetto a quello prescrizionale.

La disciplina delle spese di giustizia contenuta nella Direttiva, seppur scarna, è probabilmente l'ambito più chiaro e comprensibile dell'atto normativo. L'art. 12, infatti, scolpisce chiaramente l'operatività della regola della soccombenza, secondo cui la parte soccombente è chiamata a rifondere quella vittoriosa delle spese sostenute[350]. Si precisa poi che i singoli aderenti, poiché sprovvisti della qualità di parte, non sono chiamati a sopportare alcun costo del processo e/o procedimento, salvo che in presenza di condotte negligenti o intenzionali cagionanti, ad esempio, un prolungamento dei tempi della procedura[351]. La scelta del criterio della soccombenza appare ragionevole in considerazione delle regole sulla ripartizione delle spese di giustizia vigenti negli ordinamenti degli Stati membri e collima altresì con l'apertura in materia di finanziamento della controversia da parte di un terzo[352].

Infine, come norma di chiusura atta a garantire l'effettività del sistema sopra tratteggiato e delle azioni rappresentative, il legislatore europeo richiede agli Stati membri di prevedere sanzioni effettive, dissuasive e proporzionate nelle ipotesi in cui il professionista non rispetti ovvero si rifiuti di conformarsi ad un provvedimento inibitorio, alla ingiunzione di fornire informazioni ai consumatori su una decisione definitiva ovvero su una transazione approvata, nonché all'ordine di esibizione probatoria[353]. Anche in questo caso, però, non può non evidenziarsi l'approssimazione e la vaghezza del legislatore. A differenza di quanto previsto dalla Direttiva CE/22/2009, infatti, nel testo normativo del 2020 manca un esplicito

[350] A. Stohr, opera citata, pagina 1621, accoglie favorevolmente la scelta effettuata dal legislatore europeo in punto di regola di ripartitone delle spese di giustizia, venendo così disincentivate le azioni pretestuose.
[351] Materialmente si dovrebbe trattare di quelle condotte illecite che, nell'ordinamento giuridico municipale, rilevano ai sensi dell'art. 96 c.p.c.
[352] Il *Third party litigation funding*, infatti, è destinato a esplicare la sua funzione di implementazione dell'accesso alla giustizia soprattutto in presenza di ostacoli, quale la prospettiva di dover sostenere le spese processuali proprie e, in caso di soccombenza, della controparte, che disincentivano i soggetti potenzialmente danneggiati a far valore le pretese in giudizio.
[353] Sul punto, il considerando n. 59 prevede che possano essere applicate anche sanzioni diverse da quelle strettamente pecuniarie, quali ammende o penalità di mora. È palese il riferimento alla sanzione di cui all'art. 8 della Direttiva 104/2014, in base al quale i giudici nazionali possono trarre dal comportamento di una parte conclusioni negative, come ad esempio la presunzione di prova del fatto, la reiezione, in tutto o in parte, delle domande e delle eccezioni, l'ordine di pagare le spese processuali. Non è chiaro perché il legislatore non abbia direttamente richiamato la norma in parola. Tra l'altro, gli evidenti e preponderanti riferimenti alla Direttiva n. 104/2014, inducono a pensare che la mancata inclusione della disciplina concorrenziale nell'alveo applicativo della direttiva qui in esame non sia stata una mera dimenticanza, bensì una scelta consapevole, il che ovviamente porta a ritenere l'operato, illogico e frammentato, del legislatore ancor più criticabile.

riferimento alle misure coercitive[354] (o *astreintes*), mentre la direttiva del 2009, all'art. 2 lettera c), prevedeva espressamente la possibilità di condannare la parte soccombente a pagare una somma, in favore del Tesoro ovvero di altro beneficiario *ex lege*, nelle ipotesi di mancata esecuzione delle decisione inibitoria entro il termine fissato dall'autorità amministrativa o dall'organo giurisdizionale, il cui importo veniva determinato in base a ogni giorno si ritardo.

8 Riflessioni critiche e in prospettiva.

La disamina del contenuto della Direttiva 1828/2020 consente di formulare alcune considerazioni conclusive. In generale, si può notare come l'intelaiatura del testo normativo appaia vaga, incompleta e valliva[355]. La disciplina di istituti eminentemente processuali, peraltro in parziale tensione col principio di autonomia procedurale dei Paesi dell'UE, sarebbe dovuta avvenire con maggiori acribia e rigore metodologico[356], a partire dalla delimitazione dell'ambito applicativo di cui all'Allegato I. Su questo frangente si potrebbe scorgere una certa titubanza del legislatore europeo. Quest'ultimo da una parte mira a normare le azioni rappresentative in generale[357], dall'altra riconnette i requisiti minimi per la legittimazione

[354] Così M. De Cristofaro, ultima opera citata, pagina 1030.

[355] B. Gsell, opera citata, pagina 1399, qualifica il regime delle azioni rappresentative disegnato dal legislatore europeo come sfocato e incompleto, mancando la disciplina di aspetti fondamentali del finanziamento delle azioni ed essendo lasciati eccessivi margini di discrezionalità agli Stati membri. E. Camilleri, "*La Dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il sistema delle prove. La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di enforcement*?" citata, pagina 1076, reputa l'impianto complessivo della direttiva come fragile, essendo eccessivamente esposto alle scelte nazionali compiute in sede di recepimento. F. Auletta, "*L'azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti*" citata, pagine 1679-1681, nota come il primario interesse del legislatore UE sia quello di scongiurare abusi del contenzioso, obiettivo posto addirittura prima del fine di migliorare l'accesso dei consumatori alla giustizia. L'A., inoltre, con riferimento alla previsione di cui all'art. 7, secondo cui gli Stati membri devono garantire che l'autorità adita possa respingere il più celermente possibile casi manifestamente infondati mette in guardia dal pericolo di *frontloading*, ovverosia il fenomeno che spinge il giudice ad una analisi di merito di una iniziativa ad una fase iniziale del procedimento. Un rilevante ostacolo all'accesso alla giustizia, dunque, potrebbe derivare da una eccessiva anticipazione del giudizio di merito. Si tratta, come rilevato *supra* in relazione alla previgente normativa nazionale sulle azioni seriali, di una criticità che potrebbe appalesarsi nel giudizio di manifesta infondatezza della domanda, specialmente a causa degli arresti giurisprudenziali escludenti la ricorribilità in Cassazione avverso l'ordinanza di inammissibilità di tal segno. Parzialmente diverso il giudizio di P. Poretti, opera citata, pagine 358-359, la quale, pur evidenziando come, in assenza di norme appositamente deputate ad affrontare le questioni giurisdizionali, le prospettive di azioni rappresentative transfrontaliere rimangano limitate, accoglie positivamente l'adozione della direttiva di scelte in punto di terminologia, tipo di protezione e di tipologia di provvedimenti adottabili. Ad ogni modo, ci sembra di poter recuperare il giudizio complessivo offerto sul diritto europeo -il quale appare ancora oggi attuale- da A. Pinna, "*Financing civil litigation. The case for the assignment and securization of liability claims*" citata, pagina 3, secondo il quale il paradosso del sistema legale europeo è che esso si presenta estremamente protettivo delle vittime livello teorico, ma profondamente inefficace all'atto pratico.

[356]F. Marcos, opera citata, pagina 5, nota come le scelte compiute dal legislatore europeo a partire dalla Direttiva 104/2014 siano incerte e ingenue, e riteniamo che questo giudizio possa estendersi anche alla direttiva del 2020.

[357] Ferme restando le critiche di cui sopra relative al tipo di istituto prescelto e all'ambito di applicazione oggettiva, bisogna notare come alcuni Paesi europei (*id est* Francia, Spagna, Germania) concepiscano le azioni seriali esclusivamente in ottica rappresentativa. Sul punto, si rimanda a G. Scarchilli, opera citata, pagine 80-85, sull'ordinamento spagnolo,

degli enti rappresentativi alle azioni di matrice transazionale, seppur con estendibilità degli stessi alle iniziative nazionali, dimentico, però, della necessità di approntare altresì un quadro regolatore chiaro, uniforme e uniformante in punto di giurisdizione, circolazione delle decisioni nello spazio europeo, procedimento. Sembra, difatti, che una delle linee si fondo dell'impianto della Direttiva sia stata la volontà di segnare marcatamente una distanza delle azioni rappresentative dal modello statunitense di class action[358], in particolare rifuggendo dai risarcimenti di tipo punitivo[359], pur mutuando, seppur con adattamenti, istituti quali

pagine 87-91, sulla normativa francese, pagine 98-101, sulla riforma del 2018 delle azioni rappresentative in Germania. Tale circostanza, per quanto limitante in termini di pienezza di tutela giurisdizionale, ha senz'altro influenzato il legislatore europeo nella elaborazione della direttiva del 2020, specialmente se si prende in considerazione la normativa tedesca. In essa i requisiti per il riconoscimento della legittimazione dell'ente rappresentativo si rassomigliano con quanto previsto dall'art. 4 della direttiva, essendo richiesti: l'assenza di scopo di lucro; la presenza di almeno 350 iscritti all'ente; la costituzione di quest'ultimo da almeno quattro anni; il non superamento della soglia del 50% dei fondi privati nel finanziamento della controversia. Pur trattandosi di requisiti forse eccessivamente rigorosi, è utile notare come la normativa tedesca fissi un limite dimensionale minimo, pari a 50 iscritti all'iniziativa giudiziale, necessario per intentare un'azione rappresentativa a fronte del silenzio assoluto del legislatore UE e della nozione vaga e fumosa di interessi collettivi dei consumatori. È poi prevista una importantissima norma a salvaguardia degli interessi consumeristici e preposta a evitare abusi da parte del terzo finanziatore, ossia la previsione di una soglia massima entro la quale sono ammessi i finanziamenti dei terzi. Ciò consente di prevenire più agevolmente conflitti di interessi e garantire maggiore stabilità all'iniziativa collettiva, la quale, nell'evenienza di esercizio del diritto di recesso, non rimarrebbe totalmente sfornita di fondi e, quindi, non verrebbe compromessa.

[358] A. Stadler, opera citata, pagine 14-15, sottolinea come la decisione di irreggimentare le azioni rappresentative in luogo della class action sia da riconnettere al timore del "*toxic cocktail"* di patti di quota lite, danni punitivi e processi con giuria. L. Hornkohl, opera citata, pagina 189, parla di paura della class action americanizzata.

[359] Riteniamo che questa strenua avversione ai risarcimenti punitivi sia anacronistica, alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla non incompatibilità dei predetti con l'ordinamento giuridico europeo, e degli arresti giurisprudenziali delle Corti nazionali. In particolare si fa riferimento alla Sentenza 13 luglio 2006, C-298/04, Manfredi, consultata in G. Alpa, "*Illecito e danno antitrust: casi e materiali*", Giappichelli, Torino, 2016, pagina 30 e ss., in cui la Corte di Giustizia ha affermato genericamente come gli Stati membri godano di margini di discrezionalità nella adibizione dei rimedi civilistici e nelle modalità del loro esercizio, pur nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività. Successivamente, la Corte ha invece espresso una posizione più netta e chiara nella Sentenza del 25 gennaio 2017, n. 367, causa *Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa V. Stowarzyszenie Filmowcòw Polskich*, ove ha statuito sulla compatibilità con il diritto UE, e segnatamente con la Direttiva 2004/48/CE del 29 aprile, delle disposizioni nazionali in materia danni punitivi nelle ipotesi di violazioni del diritto di proprietà intellettuale. In particolare, al paragrafo 28, la Corte rinnega la sussistenza di un divieto di danni punitivi in seno alla citata direttiva. E anche le corti degli Stati membri non ripudiano in blocco la compatibilità di risarcimenti punitivi con il diritto interno. Al riguardo S. Carabetta, "*Punitive damages e teoria della responsabilità civile: la funziona compensativa del risarcimento*", Giappichelli, Torino, 2020, pagine 103-129 e 203-204, offre una utile panoramica degli approdi giurisprudenziali in Europa (in particolare con riferimento agli ordinamenti inglese, tedesco, francese e italiano). In Germania, ad esempio, una serie di pronunzie di segno negativo della Suprema Corte e della Corte Costituzionale, le quali si attagliavano al fatto che la funzione punitiva fosse propria del diritto penale e che la previsione dei danni punitivi avrebbe violato i principi di legalità e di tipicità delle sanzioni, è stata seguita da un riconoscimento dei risarcimenti di tipo punitivo prima in materia di danno morale, per la sua componente di immaterialità, e poi nell'ambito della proprietà intellettuale, ove si deve avere riguardo ai profitti indebiti conseguenti a un illecito. Importante tassello di questo percorso giurisprudenziale può considerarsi una sentenza del 2015 resa dalla Suprema Corte federale tedesca, sulla delibabilità di una sentenza italiana contenente la condanna al pagamento di una somma di danaro *ex* art. 96 c.p.c., in aggiunta alle spese del giudizio, dal momento che l'abuso processuale è punito anche nell'ordinamento giuridico tedesco e che il quantum era ragionevole e proporzionato. Seguendo il percorso argomentativo tracciato dall'A. e volgendo lo sguardo all'ordinamento giuridico francese, può notarsi come anche in quest'ultimo la giurisprudenza non abbia una avversione aprioristica verso i danni punitivi. In particolare la Corte di Cassazione francese ha denegato l'exequatur di una sentenza statunitense con la condanna ai danni punitivi non per la ontologica incompatibilità degli stessi con l'ordine pubblico, bensì a cagione della loro sproporzione, la quale avrebbe altrimenti condotto ad un arricchimento indebito. Ad ogni modo, in Francia, patria delle *astreintes*, non sussistono dubbi sul riconoscimento di una componente punitivo-sanzionatoria della responsabilità civile. L'ostacolo principale alla delibazione di sentenza straniere nei Paesi europei citati atteneva, quindi, alla necessità di salvaguardare il

l'esibizione di elementi di prova, il sistema adesivo di opt-out, il *third party litigation funding*. Con riguardo ai risarcimenti di tipo punitivo, dunque, il legislatore UE ha deciso di non discostarsi dal modello di *full compensation* proprio dei sistemi di civil law[360], obliterando, così, ogni reale prospettiva di deterrenza[361]. E tuttavia, occorre evidenziare che le esigenze di compensazione piena e di deterrenza potrebbero coesistere anche in presenza di risarcimenti di tipo punitivo[362]. Questi ultimi andrebbero ancorati alla particolare gravità della condotta

principio di proporzionalità, riferito, negli Stati Uniti alla relazione che deve intercorrere tra risarcimenti a titolo compensativo e a titolo punitivo, e, nel Regno Unito, con riguardo al rapporto tra ammontare del risarcimento e gravità della condotta. Si può quindi sostenere che i risarcimenti di tipo punitivo siano trasponibili anche negli ordinamenti giuridici europei, in virtù della polifunzionalità della responsabilità civile, utilizzando quale clausola ordinante e di salvaguardia il principio di proporzionalità.

[360] L. Visscher- M. Faure, opera citata, pagine 475-476, evidenziano come la Direttiva abbia scartato soluzioni quali danni punitivi e patti di quota lite, occorrendo, pertanto, che le sanzioni e le penalità di cui all'art. 19 siano più elevate dei danni compensati, altrimenti non sussisterebbe alcun disincentivo per le imprese autrici di violazioni della normativa europea. M. Bona, opera citata, pagina 259, nota come sarebbe stato più opportuno per il legislatore europeo non prendere una posizione sui danni punitivi, vista la reticenza del predetto a fornire poi una disciplina unitaria.

[361] Z. Juska, "*The effectiveness of antitrust collective litigation in the European Union: a study of the principle of full compensation"* citata, pagine 69-71, evidenzia come negli Stati Uniti l'esigenza di deterrenza prevalga su quella di compensazione, come emerge dalla previsione dei *treble damages* -seppur limitatamente al diritto antitrust-, dalla ampiezza dell'istituto della *discovery*, dal sistema adesivo di opt-out nella azioni di classe, dalla non operatività della *loser pays rule*, dalla ammissibilità dei patti di quota lite *(contingecy fees*). Di contro, negli ordinamenti giuridici europei l'esigenza di compensazione piena prevale su quella di deterrenza, relegata a conseguenza solo secondaria delle azioni civili e, più precisamente, di quelle seriali. S. Carabetta, opera citata, pagine 137-141, individua, tra i fattori ostativi al trapianto diretto dell'istituto dei danni punitivi negli ordinamenti di civil law: la tendenza, negli USA, a intentare azioni di classe contro multinazionali; la non operatività della regola della soccombenza; la forte influenza di analisi economiche sul sistema della responsabilità civile; gli ampi poteri del giudice di direzione del processo. E tuttavia, è innegabile la vigenza negli ordinamenti giuridici europei di norme e istituti a carattere eminentemente sanzionatorio ed esplicanti chiaramente una funzione deterrente e preventiva. Sul punto si rinvia all'esaustiva trattazione di S. Carabetta, opera citata, pagine 113-116, 124-132, 141-158, con le descrizioni, rispettivamente, di istituti dell'ordinamento giuridico tedesco, francese e italiano. In particolare, nel primo sono previste la condanna del datore di lavoro per condotte discriminatorie, a prescindere dal danno, e per l'inottemperanza di una obbligazione infungibile non coercibile in via indiretta. Nel sistema giuridico francese, è possibile una ammenda civile -rapportata a gravità dell'illecito, ai profitti indebiti e alla capacità contributiva dell'agente- per condotte lesive poste in essere con l'intento di ottenere un guadagno o un risparmio indebiti. Sono altresì previsti altri istituti con funzione marcatamente punitiva, quali il sequestro dei profitti illeciti a seguito di una violazione della proprietà intellettuale e le *astreintes*. Nell'ordinamento giuridico italiano, infine, sussistono molteplici istituti connotati da una funzione deterrente e sanzionatoria, alcuni dei quali richiamati anche dalla Corte di Cassazione nella pronunzia a sezioni unite del 2017 (Cassazione, Sezioni Unite 5 luglio 2017, n. 16601). In particolare: gli interessi punitivi di cui agli artt. 2 e 3 del D. Lgs. n. 231/2022; gli artt. 96, 614 *bis*, 709 *ter* c.p.c; l'art. 12 della Legge n. 47/1948; l'art. 125 del codice della proprietà industriale; l'art. 187 *undecies* del TUF; gli artt. 3-5 del D. Lgs. 7/2016; l'art. 28 del D. Lgs. 150/2011; l'art. 18 della Legge 300/1970. Peraltro, con riferimento agli artt. 96 e 614-*bis* c.p.c., ci si trova dianzi a sanzioni di tipo esemplare che prescindono dall'accertamento dell'elemento soggettivo e sono contraddistinti dalla irrilevanza di danno e nesso di causalità; in tal senso si veda G. Gerardo, "*Comparazione tra la disciplina della class action nel diritto statunitense e l'azione di classe italiana alla lice della legge n. 31 del 2019*" in "*Judicium*", 16 settembre 2020, pagina 22. A. Saija, "*La distinzione tra public e private enforcement del diritto antitrust*" in "*Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII convegno antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019*" a cura di G. A. Benacchio, M. Carpagano, 2019, pagine 124-126, parla di crescente enfasi, nella giurisprudenza, della funzione deterrente; in tal senso l'A. richiama le conclusioni dell'Avvocato Generale Wahl nella causa *Skanska*, C-724/17. L'A. nota inoltre come i risarcimenti di tipo punitivo possano essere introdotti in settori con un doppio canale di applicazione del diritto, pubblico e provato, come il diritto della concorrenza, nell'evenienza in cui si riscontri un deficit di deterrenza del public enforcement, ciò al fine di evitare fenomeni di *underdeterrence*.

[362] Z. Juska, opera citata, pagine 86-87, nota come, in concreto, negli USA i danni punitivi non conducano alla *over compensation*.

illecita e al grado di colpevolezza[363], alla forza espansiva dei danni sul mercato, alla consistenza dei profitti indebiti ottenuti dall'autore dell'illecito. Ed invero la prospettazione di risarcimenti di tipo punitivo potrebbe orientare le condotte delle imprese[364], consentendo il corretto funzionamento del mercato, anche perché è impossibile che ogni violazione venga intercettata dalle autorità preposte alla vigilanza sullo stesso. E peraltro, proprio alla luce delle funzioni di prevenzione e deterrenza, riteniamo che il campo elettivo dei risarcimenti di tipo punitivo potrebbe essere quello delle azioni risarcitorie collettive e/o di classe. La tutela giurisdizionale collettiva, infatti, è atta proprio a contrastare illeciti plurioffensivi o di massa, che ingenerano danni di esiguo valore ove considerati singolarmente (per questo può anche parlarsi di microviolazioni[365]), ma aventi, da una specola generale, una forte incidenza sul mercato tutto. E proprio in considerazione della gravità della condotta illecita, l'irrogazione di risarcimenti punitivi consentirebbe di orientare preventivamente la condotta degli operatori economici, stante la prospettazione della possibilità di danni dalla matrice puntiva, la quale fungerebbe da controspinta alla commissione di un illecito, e di aggredire i profitti indebiti ottenuti, che, in genere, potrebbero peraltro superare l'entità del *quantum debeatur* liquidato in giudizio[366].

Grave lacuna che contraddistingue la Direttiva, alla stregua di quanto avvenuto con la pregressa direttiva del 2014, riguarda le norme sull'individuazione della giurisdizione competente e il sistema di riconoscimento tra gli Stati membri delle rispettive sentenze[367].

[363] S. Carabetta, opera citata, pagine 208-219, pur richiamando tali fattori al fine di garantire proporzionalità dei danni punitivi, sottolinea, però, come si tratti di parametri troppo riconnessi al diritto penale, e segnatamente all'art. 133 c.p., occorrendo dunque calare il principio di proporzionalità nel sistema della responsabilità civile. L'A. propone, in tal senso, di tener conto dell'interesse giuridico leso e della portata lesiva della condotta, sì da contemperare e far coesistere funzione compensativa e punitiva. E il riferimento alla estensione della condotta in termini di pregiudizi arrecati consentirebbe la condanna a risarcimenti di tipo punitivo in presenza di illeciti plurioffensivi, idonei a generare danni socialmente rilevanti (si pensi appunto alla lesione degli interessi collettivi dei consumatori). D. Vanni, "*La class action e la funzione di deterrenza degli illecitti civili in prospettiva comparatistica*" in "*Il diritto amministrativo"*, 2010, pagina 158, riporta come nel Regno Unito i *punitive damages* possono richiedersi soltanto per una violazione dei diritti fondamentali dei cittadini da parte dell'Amministrazione dello Stato oppure ove sia riscontrabile in capo al danneggiante la precisa intenzione di ottenere un vantaggio ingiusto.

[364] In tal senso G. Scarchillo, opera citata, pagina 148, il quale riporta significativamente come gli indici di gradimento di società quotate in borsa crollino immediatamente dopo l'annuncio di una class action (in particolare l'A. richiama gli scandali statunitensi *Enron* e *World.com*).

[365] Sul concetto di microviolaizoni e rischi di risarcimenti ultracompensativi M. Maggiolo, "*Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*" in "*Rivista di diritto civile*", 1/2015, pagina 92 e ss.

[366] L'alternativa ai risarcimenti di tipo punitivo potrebbe essere la restituzione imposta degli utili indebiti, come consentito dall'art. 125 del Codice della proprietà industriale (D.lgs. del 10 febbraio 2005, n. 30), anche se tale ultimo istituto è connotato da una minore carica deterrente.

[367] Critici sulla assenza di norme in punto di giurisdizione A. Biard, "*Collecitve redress in the Eu: a rainbow behind the clouds"* citata, pagina 201; A. Biard & X. Kramer, opera citata, pagina 4; P. Poretti, opera citata, pagina 341; L. Hornkohl, opera citata, pagina 197; B. Gsell, opera citata, pagina 1377, la quale nota come la mancanza di una disciplina in punto di giurisdizione potrebbe in concreto costituire un vantaggio per i professionisti più che per i consumatori; M. Bona, "*La*

Conseguentemente, in presenza di azioni rappresentative transfrontaliere, e in assenza di univoci criteri per la determinazione del foro competente, è altamente probabile che si appalesi il fenomeno del *forum shopping*. Ed invero lo spazio di discrezionalità lasciato ai Paesi UE prelude a una eccessiva eterogeneità tra le normative processuali nazionali, con il rischio anche di una *race to the bottom*[368]. Gli Stati membri, cioè, saranno tentati di plasmare norme particolarmente favorevoli per i consumatori ovvero per le imprese[369]. Non essendo, poi, offerta neppure una soluzione normativa in presenza di azioni parallele (entrambe nazionali o transazionali oppure una transfrontaliera e una nazionale) è anche plausibile che si prospettino *decisa* contrastanti nei vari ordinamenti giuridici. E tale evenienza è senz'altro critica se si considera che un illecito di massa, specie se commesso da una impresa di grandi dimensioni, può ledere consumatori provenienti da diversi Stati. Il mancato approntamento a livello europeo di un quadro normativo uniforme in punto di individuazione della giurisdizione competente confligge con l'intento di uniformazione che sta alla base della direttiva, oltre che con il proposito di disciplinare le azioni transnazionali. Si aggiunga che il legislatore europeo è stato sordo alle affermazioni della Corte di Giustizia[370] sulla inadeguatezza degli schemi scolpiti dal Regolamento di Bruxelles I per le cause seriali, posto che un ente collettivo non è riconducibile alla nozione di consumatore[371]. Il legislatore

direttiva UE/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori" citata, pagina 260, il quale nota correttamente come i Regolamenti UE in vigore non disciplinano casi di *multiple claimants* di diversi Stati membri; E. Benvenuti, opera citata, pagina 627, il quale critica l'assenza di concrete possibilità di assicurare un grado di uniformità tale, con riferimento alle norme applicabili alle azioni rappresentative transfrontaliere, da scongiurare l'insorgenza di questioni di diritto internazionale privato, specialmente con riferimento all'individuazione del giudice competente.

[368] Espressione utilizzata da L. Visscher- M. Faure, opera citata, pagina 465.

[369] In chiave cautelativa degli interessi economici e nell'ottica di attrarre investimenti esteri, riteniamo che sia molto probabile che gli Stati UE mirino a favorire la posizione dei professionisti e/o imprenditori.

[370] C-498/2016 *Schrems v Facebook Ireland Ltd*, EU 2018.

[371] L. Hornkohl, opera citata, pagine 197-198, sottolinea, invece, come non possa operare il regolamento di Bruxelles, posto che lo stesso presuppone, *ex* art. 29, la medesimezza della causa e delle parti, circostanza ovviamente assente nell'ipotesi in cui diversi enti legittimati agiscano parallelamente incardinando procedimento in Paesi differenti. L'A., inoltre, fa correttamente notare come anche i regolamenti Roma I (Reg. 593/2008, del 17 giungo 2008) e Roma II (Reg 864/2007, dell'11 luglio 2007) siano contraddistinti da un approccio individualistico alle cause. Sulla non operatività degli schemi del Regolamento di Bruxelles, in quanto non adatti alle azioni seriali, anche B. Gsell, opera citata, pagina 1374, e E. Benvenuti, opera citata, pagina 611, sulla circostanza per cui l'unica ipotesi di trattazione congiunta contemplata dal Regolamento 1215/2012 sia quella con una pluralità di convenuti e non di ricorrenti. Il Regolamento in parola, poi, prevede differenti fori per gli illeciti contrattuali e per quelli civili, così pregiudicando potenzialmente la certezza del diritto e la buona amministrazione della giustizia. Riteniamo che quest'ultima precisazione sia particolarmente rilevante poiché esclude l'applicabilità del predetto Regolamento alle azioni rappresentative, considerato che l'ambito applicativo della direttiva abbraccia illeciti contrattuali ed extracontrattuale e il legislatore, ancorché silente in tema di giurisdizione, sembra aver voluto evitare differenziazioni tra le iniziative giudiziali in base al titolo. Quest'ultima circostanza, però, è una ulteriore conferma della disattenzione del legislatore europeo nel rapportarsi all'istituto delle azioni seriali, posto che l'onere della prova negli illeciti aquiliani è indubbiamente più gravoso rispetto a quello dell'ambito contrattuale, a prescindere dal fatto che la legittimazione ad agire faccia capo ad un ente e non al singolo consumatore danneggiato.

europeo, dunque, avrebbe dovuto operare una scelta tra il foro dell'evento dannoso[372], quello del soggetto convenuto e quello dei consumatori. Il foro del soggetto convenuto, oltre ad essere potenzialmente collimante con il criterio impiegato per la qualificazione di una azione come nazionale oppure transfrontaliere[373], potrebbe assicurare maggiori certezza e omogeneità rispetto a quello del consumatore[374]. La totale assenza di una presa di posizione sui criteri di individuazione della giurisdizione contraddice gli intenti di armonizzazione e uniformazione normative a livello europeo e implica poi una totale disattenzione con riferimento ai costi che potrebbero esser chiamati a sostenere gli enti ricorrenti, nonché alle conseguenti difficoltà di reperimento di mezzi di prova e di conduzione di una controversia in una lingua straniera. Probabilmente, pertanto, sarebbe stato opportuno, anche per evitare l'innestarsi di tensioni con i principi di autonomia procedurale degli Stati membri e di sussidiarietà, che la disciplina delle azioni rappresentative di matrice comunitaria venisse circoscritta alle sole fattispecie transazionali. Per tali, però, si sarebbero dovute intendere gli illeciti riguardanti soggetti danneggiati provenienti da diversi Paesi. Del resto, non vi sarebbe stato nessun ostacolo a una disciplina di tal fatta, visto che il legislatore europeo ha comunque lasciato ampi margini di manovra agli ordinamenti nazionali e che i requisiti previsti dalla direttiva per il riconoscimento della legittimazione ad agire agli enti sono obbligatori per le sole azioni transfrontaliere, potendo poi gli Stati UE decidere se irreggimentarli anche per le iniziative di respiro municipale.

[372] In presenza di in illecito plurioffensivo, però, tale criterio rischia di determinare tante azioni rappresentative parallele, così P. Poretti, opera citata, pagina 350, peraltro non coordinate tra loro. L'A. prospetta l'applicabilità dell'art. 18 del Regolamento di Bruxelles –e quindi si dovrebbe considerare il domicilio del convenuto ovvero del consumatore-, ancorché ciò contrasti con quanto deciso dalla Corte di Giustizia nel caso *Schrems.* E. Benvenuti, opera citata, pagine 613-617, mette in luce poi la problematicità di tale criterio con riferimento proprio agli illeciti di massa, che la direttiva del 2020 si propone di contrastare, posto che occorre applicare criteri di prossimità e di prevedibilità per le parti. L'A., a sostegno di questa affermazione, richiama questioni di giurisdizioni sottoposte al sindacato della Corte di Giustizia, come avvenuto con riferimento allo scandalo Dieselgate (Corte di Giustizia, C-343/2019 *Verein fur Knosumentenin-formation c. Volkswagen Ag*, del 9 luglio 2020) ove il luogo del danno si riteneva coincidesse con quello in cui erano stati acquistati i beni. Per gli illeciti antitrust, invece, il *locus damni* è quello in cui è stata concordata l'intesa illecita ovvero della applicazione del sovrapprezzo illecito oppure quello in cui sono state poste in essere le pratiche illecite; in questi termini Corte di giustizia, C-27/17, *AB flyLAL Lithunian Airlines c. Starptautiska lidosta Rıga VAS e Air Baltic Corporation AS*, del 5 luglio 2018, e C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA c. Akzo Nobel NV e a.*, del 21 maggio 2015.

[373]Una azione rappresentativa è nazionale ove incardinata dall'ente legittimato innanzi agli organismi del Paese in cui ha ottenuto la designazione pubblicistica, ancorché si facciano valere pretese di persone fisiche di diversi Stati.

[374] E. Benvenuti, opera citata, pagina 620, propende per il foro del convenuto, giacché si consentirebbe in questo modo l'accentramento in un unico foro di una moltitudine di domande inerenti a danni verificatisi potenzialmente in diversi Stati UE.

Con riferimento al sistema delle adesioni è da accogliere favorevolmente la apertura del diritto UE al meccanismo di opt-out[375], senza, peraltro, un abbandono dell'opt-in[376]. Tuttavia, da un punto di vista pragmatico, è indubbio che quest'ultimo costituisca un possente ostacolo all'accesso alla giustizia per gli *small claims*[377], posto che, nonostante le agevolazioni in termini probatori e di attività di individuazione dei soggetti danneggiati ad opera degli enti legittimati, solo il sistema di opt-out consente di raccordare un gruppo significativamente esteso di soggetti potenzialmente lesi. Verrebbe così concretizzata effettivamente la portata deterrente della tutela giurisdizionale collettiva e sarebbe altresì possibile perseguire in modo più efficace la piena compensazione dei pregiudizi denunziati[378]. In un'ottica di logica processuale, poi, solo il sistema di opt-out eliminerebbe in concreto la possibilità che sia incardinata una pletora di azioni individuali[379] parallele a quella rappresentativa, costringendo così il convenuto a imbastire difese su più fronti, con inevitabile dispendio di risorse, le quali, in un sistema di opt-out, potrebbero essere concentrate in un unico procedimento. Ed invero,

[375] Riteniamo, peraltro, che il legislatore europeo non avrebbe potuto ignorare il fatto che alcuni Paesi UE prevedono già il sistema adesivo di opt-out o comunque una scelta, basata su una valutazione casistica, tra questo e l'opt-in. Sul fatto che esistano alcuni Stati in Europa già dotati dell'opt-out, ovverosia Belgio, Olanda, Norvegia, Regno Unito, Danimarca, Slovenia, Portogallo, si vedano A. Stadler, opera citata, pagina 17, E. Benvenuti, "*La tutela collettiva risarcitoria dei consumatori nelle controversie transfrontaliere: diritto interno e prospettive di armonizzazione*" in "*Rivista di diritti internazionale provato e processuale*", 3/2020, pagina 488, G. Bertolino, *L'opt-out nell'azione risarcotria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*, "*Riv. Trim. dir. e proc. civ*.", 2/2016, pagine 485-486, e diffusamente A. Giussani, "*Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei"* citata, pagina 157 e ss. In particolare, nel Regno Unito e in Belgio l'individuazione del sistema adesivo è rimessa ad una valutazione casistica da parte del giudice adito. A. Stohr, opera citata, pagina 1623, evidenzia, però, come non si sarebbe dovuta lasciare ai Paesi UE la scelta tra meccanismo di opt-in e di opt-out, poiché questi ampi spazi di azione rischiano di condurre ad una eccessiva differenziazione delle discipline nazionali.

[376] G. Scarchillo, "*Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive"*, citata, pagina 137, evidenzia come il sistema di opt-in, oltre a comportare costi processuali più elevati e a gravare significativamente sul carico di lavoro della macchina processuale, non ha la forza di incidere sulla reputazione dell'impresa convenuta propria dell'opt-out: un conto è la notizia secondo cui un imprenditore è stato convenuto giudizio, un conto è la circostanza per cui il medesimo soggetto è bersagliato da diverse azioni.

[377] Così P. Rott, opera citata, pagina 225. Ed invero alle pretese di modico valore è sottesa la apatia razionale dei danneggiati, scaturente dagli elevati costi processuali, anche se le possibilità di un successo in giudizio siano alte; in questi termini L. Visscher- M. Faure, opera citata, pagine 458-460. La soluzione immaginata dagli Autori al problema della apatia razionale, ovverosia la passiva accettazione dello status quo -la quale altro non è che un fallimento del mercato-, è proprio l'introduzione del sistema adesivo di opt-out. Esso, infatti, non mette a repentaglio l'autonomia decisionale dei singoli danneggiati rappresentati, posto che, in essenza del predetto istituto, le pretese di questi non sarebbero comunque state esercitate. Per rilievi sulla apatia razionale e su come il risarcimento di micro-danni abbia come scopo primario il rafforzamento dell'enforcement piuttosto che la compensazione dei singoli consumatori si veda anche M. Ioannidou, opera citata pagine 1369-1371. Sulla tendenza dei titolari di pretese risarcitorie di modico valore a non aderire si veda anche A. Stadler, opera citata, pagina 16. Più in generale, sulla circostanza per cui la non proposizione di azioni, proprio a causa del modico valore della pretesa, costituisca un fallimento del mercato con conseguente incentivo per le imprese a infrangere la legge A. Stohr, *The Implementation of Collective Redress – A Comparative Approach"* citata, pagina 1608.

[378] M. Ioannidou, opera citata, pagina 1375, reputa adatto agli *small claims* dei consumatori soltanto il meccanismo adesivo di opt-out.

[379] Il rischio che il soggetto convenuto sia esposto a condotte processuali divergenti a causa di una miriade di azioni individuali, in presenza di illeciti plurioffensivi, è messo in luce da F. Auletta, "*L'azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti"*, pagina 1673,

le azioni che si attagliano alla manifestazione di una esplicita volontà adesiva non riescono in genere a raccordare un elevato numero di interessati, anche in considerazione degli elevati costi organizzativi[380], connessi alla informazione della pendenza di un'azione collettiva, specialmente nei casi in cui potrebbe essere richiesta una tassa di partecipazione e/o iscrizione[381]. E allora l'unica possibilità di catalizzare utilmente una pluralità di pretese risarcitorie omogenee, ad esempio mediante l'utilizzo di siti internet o web link[382], non può che essere costituita dall'opt-out[383]. Anche da un punto di vista giudico, poi, un sistema adesivo basato sulla inclusione automatica dei potenziali danneggiati, salvo l'esercizio del diritto di uscita dall'azione collettiva, non porrebbe i rischi di *abusive litigation* propri dell'esperienza statunitense in materia di *class actions*, in considerazione della diversa cultura giuridica dei Paesi continentali e del ruolo, di certo non imprenditoriale, della classe forense[384].

Da evidenziare altresì la possibilità per gli Stati membri di ricorrere a combinazioni tra i due sistemi di adesione. Questa apertura del legislatore potrebbe riferirsi al meccanismo adesivo vigente in Francia, consistente in un opt-in retroattivo[385]. In presenza di pregiudizi identici e subiti da soggetti noti, il giudice può condannare l'impresa a indennizzare i predetti, indipendentemente da una loro manifestazione di volontà. Gli indennizzati, però, hanno poi il diritto di accettare o meno la somma dovuta dal convenuto, ben potendo quindi decidere di agire individualmente. Si tratta di un istituto con una portata applicativa verosimilmente

[380] In tal senso Z. Juska, opera citata, pagine 81-84, 88. L'Autore, oltre ai soprarichiamati costi di organizzazione, menziona le evidenti difficoltà nel convincere possibili vittime di condotte illecite ad aderire, attività ovviamente comportante un significativo dispendio di tempo ed energie, nonché le difficoltà di un sistema di opt-in di riunire un elevato numero di interessati.

[381] E proprio la direttiva in esame, all'art. 20, contempla la facoltà per gli enti legittimati di richiedere dei contributi di adesioni o oneri di modica entità ai consumatori che manifestano una volontà adesiva. Il solo fatto che una tale misura sia riferita al sistema di opt-in dovrebbe di per sé indurre a prediligere l'irreggimentazione dell'opt-out.

[382] A. Biard & X. Kramer, "*The Eu direcitve on representative actions for consumers: a milestone or another missed opportunity"*, pagina 6, notano come lo strumento più adeguato a raccogliere le adesioni sia proprio internet, sia per la facilità con cui avvengono le comunicazioni e lo scambio di informazioni sia per la considerevole riduzione di costi, stante la dematerializzazione dei documenti.

[383] Un aspetto su cui non si è focalizzata l'attenzione del legislatore UE è poi il differente termine di prescrizione previsto per le ipotesi di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. È ovvio però che, soprattutto nelle ipotesi di illeciti aquiliani, senza il ricorso al sistema adesivo di opt-out e tenuto conto degli sforzi cui è chiamato un ente legittimato per vincere la ritrosia psicologica dei potenziali danneggiati, i rischi di un decorso del termine prescrizionale sono maggiori.

[384] Così B. Gsell, opera citata, pagina 1378.

[385] Per una precipua descrizione dell'istituto in parola G. Bertolino, opera citata, pagine 487-488, la quale nota come si tratti di un meccanismo anche più potente ed efficace dell'opt-out. Ed invero in Francia, l'autorità di giudicato sull'accertamento della responsabilità di una impresa è asimmetrica, nel senso che la stessa può essere invocata solo dai consumatori nell'ipotesi di decisione loro favorevole. Inoltre, pur potendo i consumatori decidere di beneficiare di un risarcimento di un danno accertato in un processo svoltosi senza la loro partecipazione, rimane fermo il loro diritto di accettare o meno l'indennizzo.

abbastanza ristretta, coincidente maggiormente con danni da responsabilità contrattuale –e quindi anche con le materie indicate nell'Allegato I della direttiva-, posto che si richiedono identità dei danni cagionati e conoscenza dei soggetti danneggiati. Si potrebbe allora sperare in una generalizzazione a livello europeo di un procedimento adesivo di tal fatta[386] ovvero, nelle ipotesi in cui sia stata accertata in sede amministrativa la commissione di un illecito, richiedere una condotta attiva da parte del professionista convenuto in giudizio, quantomeno nei casi in cui questi può agevolmente risalire all'identità delle vittime di un illecito di massa[387]. Si potrebbe prevedere, ad esempio, che la parte resistente debba mettersi in contatto con i potenziali danneggiati, informandoli della decisione resa in sede amministrativa e, eventualmente, ammettere l'addebito. In questo modo sarebbero anche agevolate le procedure transattive extragiudiziali e da ciò trarrebbe vantaggio il convenuto, il quale è fisiologicamente interessato a che il numero più elevato di soggetti potenzialmente lesi sia riunito in un unico procedimento, sì da evitare una miriade di iniziative individuali e non dovere poi, all'esito di un giudizio collettivo, fronteggiare le azioni di consumatori solitari[388].

Occorre poi riflettere sulle problematiche che solleva l'istituto del finanziamento di una azione rappresentativa da parte di un terzo. Si tratta di una operazione contrattuale grazie alla quale un potenziale ricorrente ottiene dei fondi da parte di un soggetto estraneo alla controversia, al fine di finanziare la stessa, dietro un corrispettivo costituito da una percentuale sul quantum eventualmente liquidato al termine del giudizio ovvero transatto[389].

[386] In Italia suddetta prospettiva è decisamente preclusa, non avendo il legislatore, in sede di recepimento, neppure provato a immaginare un sistema di adesioni diverso dall'opt-in.

[387] Anche in questo caso si tratterebbe di danni di origine contrattuale.

[388] Riteniamo che questo vantaggio per il convenuto possa escludere l'obiezione secondo cui con la sopradetta condotta attiva lo stesso vada *contra factum proprium*, dacché si difenderebbe in giudizio contro le pretese risarcitorie. E pur vero, però, che, specialmente nelle azioni follow-on, una valutazione di opportunità potrebbe già indurre la parte resistente a non mettere in discussione la commissione dell'illecito, quanto piuttosto a contestare il quantum risarcitorio e, al più, a denegare la propria legittimazione passiva.

[389] Diffusamente sul *third party litigation funding* J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, "*Justice for profit: a comparative analysis of Australian, Canadian and U.S. third party litigation funding*" in "T*he American Journal of Comparative Law*", 61/2013, pagina 93 e ss.; V. A. Shannon, "*Harmonizing third-party litigation funding regulation*" in "*Cardozo Law Review*", 36/2015, pagina 861 e ss.; R. Torino, "*Il finanziamento delle azioni seriali. Esperienze straniere e azione collettiva risarcitoria"* in "*Analisi Giuridica dell'Economia*", 1/2008, pagina 257 e ss.; B. T. Fitzpatrick, "*Can and should the new third-party litigation financing come to class actions" in "Theoretical Inquiries in Law*", 19:109/2018, pagina 109 e ss.; J. M. Shepherd, "*Ideal versus reality in third-party litigation financing*" in "*Journal of Law, Economics & Policy*", vol. 8 n. 3/2012, pagina 593 e ss.; D. R. Hensler, "*Third-party financing of class action litigation in the United States. Will the sky fall*?" in "*DePaul Law Review*", vol. 63/2014, pagina 499 e ss.; Id, "*The Future of Mass Litigation: Global Class Actions and Third-Party Litigation Funding"* in "*The George Washington Law Review*", Vol. 79:306, 2011, pagina 306 e ss.; S. Issacharoff, "*Litigation funding and the problem of agency cost in representative actions*" in "*DePaul Law Review*", vol. 63/2014, pagina 561 e ss.; J. M. Shepherd & J. E. Stone II, *"Economic conundrums in search of a solution: the functiongs of third-party litigation finance*" in "*SSRN",* 5/05/2014, consultabile su: https://ssrn.com/abstract=2432610; T. Healey, M. B. McDonald and T. Haley, "*Litigation finance investing: Alternative investments returns in the precence of information asymmetry*" in "*The Journal of Alternative Investments*", 2022, pagina

Il finanziatore assume un rischio elevato, dacché potrebbe dover coprire i costi processuali della controversia finanziata anche nell'ipotesi di soccombenza del cliente finanziato[390]. Da tale circostanza si evince, dunque, che il soggetto stanziante i fondi per supportare le controversie altrui sia in genere un investitore istituzionale (*id est* un istituto assicurativo, una banca, un intermediario finanziario). La aleatorietà della operazione complessiva, unitamente alla inesistenza di un obbligo restitutorio in capo al soggetto finanziato, scolpisce la distanza della stessa dallo schema del mutuo. Alla luce dei rischi facenti capo al terzo finanziatore, quest'ultimo, prima della conclusione del contratto, valuta attentatamene le potenzialità insite in una controversia, prendendo in considerazione una pletora di fattori, ovverosia il potenziale ritorno in termini economici, la esperienza e la reputazione dell'avvocato del soggetto finanziato, la affidabilità e la solidità finanziaria della controparte, i tempi di attesa stimati per la decisione giudiziale o per un *settlement*, la fondatezza *prima facie* della pretesa giudiziale ed il suo valore[391]. È chiaro, dunque, che il finanziatore si trovi in una posizione di superiorità

110 e ss.; G. M. Solas, "*Finanziare il contenzioso: esperienze a confronto* " in "*Contratto e impresa/Europa*", 1/2016, pagina 184 e ss.; A. Pinna, "*Financing civil litigation. The case for the assignment and securization of liability claims*" in "*SSRN*", 30/04/2009, consultabile su https://ssrn.com/abstract=1396682; V. Sahani, "*Reshaping third-party funding*" in "*Tutane law review*", vol: 91:405/2017, pagina 405 e ss.; C. Silver-D. A. Hyman, "*Third party litigation funding: panacea or more problems*?" consultabile su https://ssrn.com/abstract=4438503, maggio 2023, pagina 2 e ss.; C. Veljanovki, "Collective ceritifcation in UK Competition Law. Commonality, Costs, Funding" consulatbile su https://ssrn.com/abstract=3191027, 11 luglio 2018, pagina 1 e ss.; Id, "*Third party litigation funding in Europe*" *in Journal of Law, Economics & Policy*", vol. 8, 3/2012, pagina 405 e ss.; R. Barton & W. Walker, "A*lyternative litigation finance, part. 1: The waiting game- the economics of a fiduciary litigation practice" in "Probate and Property Magazine*", vol. 29, n. 5, 2015; J. Beisner, J. Miller & G. Rubin, "*Selling Lawsuits, buying troubles. Third-party litigation funding in the United States*" pubblicato dalla U.S. Chamber Institute of Legal Reform, ottobre 2009, pagina 1 e ss.; T. W. Hill, "*Financing the class: strengthening the class action through third-party investment*" in "*The Yale Law Journal*", 125:484/2015, pagina 484 e ss.;

[390] V. Sahani, "*Reshaping third-party funding"* opera citata, pagina 424, rimarca come i rischi della operazione siano in concreto solo a carico del finanziatore. Proprio per tale ragione, quest'ultimo dovrebbe ricorrere a una differenziazione degli investimenti, i quali cioè dovrebbero afferire a differenti tipologie di cause. Sulla differenziazione del portfolio di cause anche J. M. Shepherd, opera citata, pagina 9.

[391] Questa fase di valutazione della potenziale azione giudiziaria si esplica in vere e proprie investigazioni, atte anche a ricercare elementi di prova, e in consulenze tecniche, in presenza di questioni e accertamenti fattuali particolarmente complessi. Sui parametri oggettivi che indirizzano la scelta di finanziamento V. Sahani, "*Reshaping third-party funding"* opera citata, pagine 429-430; V. A. Shannon, "*Harmonizing third-party litigation funding regulation*" citata, pagine 890 e 899, con particolare riguardo alle analisi sulla situazione finanziaria del finanziato –più agevole ove i potenziali finanziati siano un Governo ovvero società soggette a precipui regimi di tassazione e a oneri di comunicazione nei confronti di organi pubblici o agli investitori, dato che le informazioni sono pubbliche- e della potenziale controparte; T. Healey, M. B. McDonald and T. Haley, "*Litigation finance investing: Alternative investments returns in the precence of information asymmetry*" citata, pagina 119, i quali fanno riferimento peraltro al fatto che il terzo finanziatore, per l'analisi di suddetti parametri, possa avvalersi di consulenti legali interni (la cui presenza, riteniamo, sia quasi imprescindibile in un organismo che investe in controversie giudiziali) e di algoritmi gestiti dall'intelligenza artificiale (AI). J. M. Shepherd & J. E. Stone II, opera citata, pagine 20-21; J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, "*Justice for profit: a comparative analysis of Australian, Canadian and U.S. third party litigation funding*" citata, pagina 102, evidenziano come, proprio in considerazione dello studio critico della causa da parte del terzo, possa configurarsi come improbabile il finanziamento di cause di modico valore; T. W. Hill, opera citata, pagine 500-501, con riguardo alla considerazione anche di decisioni pregresse di altre cause con questioni affini o similari; C. Veljanovki, "*Third party litigation funding in Europe*" *in Journal of Law, Economics & Policy*", vol. 8, 3/2012, pagina 420, il quale fa anche riferimento all'attenzione posta su motivazioni, impegno e onestà del finanziato. Quest'ultima puntualizzazione appare opportuna in relazione alle ipotesi in

rispetto al soggetto che potrebbe essere finanziato, sia questi una persona fisica oppure, nelle azioni rappresentative, un ente. E questa circostanza implica una debita e rigorosa attenzione allo schema contrattuale a base della operazione, stante la elevata probabilità di imposizione di condizioni e, più in generale, di un regolamento negoziale particolarmente sfavorevoli per il soggetto finanziato, il quale, se appartenente alla categoria dei consumatori, sarà la parte debole del rapporto giuridico in parola[392]. E suddetta primazia economico-giuridica del finanziatore non è circoscritta alla fase antecedente alla stipula del contratto, manifestandosi anche nella conduzione della controversia[393] e, in particolare, nella elaborazione della

cui la richiesta di finanziamento non venga da un soggetto sprovvisto di fondi, bensì da operatori economici in cerca di maggiore liquidità o per esigenze di bilancio.

[392] Conseguentemente dovrebbero sussistere robuste tutele, mediante obblighi di trasparenza e di informazione precontrattuale, a salvaguardia del consumatore. Suddette cautele non appaiono, di contro, necessarie se il soggetto finanziato è una impresa, la quale è dotata di maggiore consapevolezza in merito alle dinamiche del mercato e alle possibili insidie di un negozio di finanziamento. Sulla circostanza per cui gli obblighi di informazione precontrattuale, comunque ritenuti necessari, si affievoliscano se destinatario dei finanziamenti è una società V. A. Shannon, opera citata, pagina 905.

[393] Una criticità conseguente a tale influenza è la potenziale assenza di stabilità e certezza per il cliente finanziato nelle ipotesi di esercizio del diritto di recesso. Questo, specialmente nelle ipotesi di *small claims* raccordate da una azione seriale, rischia di compromettere irrimediabilmente la iniziativa giudiziaria, trattandosi di pretese che in assenza di uno stanziamento di fondi, se condotte da enti non-profit, non avrebbero accesso alla tutela giudiziale. È pur vero, però, che è alquanto improbabile che microviolazioni scaturenti da un illecito plurioffensivo, sia esso contrattuale o extracontrattuale, destino l'attenzione di un potenziale investitore, in assenza di un potenziale ricavo particolarmente consistente. In tal senso, un incentivo considerevole al finanziamento di class actions e azioni collettive potrebbe essere la irrogabilità di risarcimenti di tipo punitivo, i quali renderebbero certamente più appetibile anche gli small claims. Tuttavia, non può ritenersi che suddetto parallelismo possa sempre verificarsi, come dimostra del resto l'esperienza statunitense, ove il *third party litigation funding* (di seguito anche TPLF) non involge particolarmente le azioni di classe, in considerazione del fatto che le stesse sono già alimentate economicamente dal ricorso ai *contingency fees* e della non operatività della regola della soccombenza, per cui ogni parte deve sostenere le proprie spese processuali. Per una panoramica sul sistema statunitense, dove peraltro vige divieto per l'avvocato di condividere l'onorario con soggetti non appartenenti alla classe forense, e sui motivi ostanti ad un capillare sviluppo del TPLF nell'alveo delle class actions G. M. Solas, opera citata, pagine 190-191; S. Issacharoff, "*Litigation funding and the problem of agency cost in representative actions*" citata, pagina 577. D. R. Hensler, "*The Future of Mass Litigation: Global Class Actions and Third-Party Litigation Funding*" citata, pagina 505, evidenzia un ostacolo pragmatico alla diffusone del TPLF nell'ambito delle class actions nordamericane, da riconnettere alle lungaggini processuali e ai costi, che scoraggiano prospettive di investimento in assenza di potenziali profitti elevati. J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, opera citata, pagina 133, notano come la presenza di un terzo finanziatore frustrerebbe il ruolo dell'avvocato quale *lead counsel* e le restrizioni, in tutti i 50 Stati, sul coinvolgimento di un terzo non avvocato nella conduzione della class action; si veda anche T. W. Hill, "*Financing the class: Strengthening the class action through thidr-party investment*" in "*The Yale Law Journal*". 125:484, 2015, pagine 496-497. Inoltre, M. Faure & J. De Mot, "*Comparing Third-Party Financing of Litigation and Legal Expenses Insurance*" in "*Journal of Law, Economica and Policy*", vol.8, n. 3, ottobre 2012, pagina 15, rimarcano come il ricorso al TPLF sia esiguo dal lato della difesa (ossia da parte di chi è convenuto in giudizio), in parte per ragioni connesse all'azzardo morale e alla possidenza di maggiori risorse (o comunque per un più agevole accesso al capitale), in parte per la copertura offerta dalla assicurazione contro le spese di giustizia.
Di contro, l'Australia, ove vigono il divieto di patti di quota lite e la regola della soccombenza ai fini della ripartizione delle spese del giudizio, è il paese ove il TPLF è massimamente diffuso proprio nell'alveo delle azioni seriali. Sullo sviluppo del TPLF in Australia si vedano G. M. Solas, opera citata, pagine 193-194; G. Scarchillo, opera citata, pagine 54-56; S. Issacharoff, opera citata, pagine 567-575, il quale riconduce lo sviluppo del TPLF in Australia al divieto di patti di quota lite e alla vigenza della regola della soccombenza per la ripartizione delle spese del giudizio; D. R. Hensler, "*The Future of Mass Litigation: Global Class Actions and Third-Party Litigation Funding*" citata, pagine 515-519; S. Z. Ahmed, "*Access to Justice: Litigation Financing and the New Developments*" in "*International Academic Journal of Accounting and Financial Management*", Vol. 4, n. 1, 2017, pagina 96, il quale evidenzia come i terzi finanziatori, in assenza di standard di condotta, operino in base ad un quadro regolatorio minimo; R. Torino, "*Il finanziamento delle azioni seriali. Esperienze straniere e azione collettiva risarcitori" in "Analisi Giuridica dell'Economia*", Fascicolo 1,

strategia processuale e in scelte cruciali, quali l'accesso a un accordo transattivo. Riteniamo quindi che la influenza[394] di un soggetto con un fisiologico interesse economico in causa sulla gestione della stessa sia inevitabile. Precipitato di ciò è la prospettazione di conflitti di interessi[395]. Questi ultimi potrebbero appalesarsi tra la pozione del finanziatore e quella del finanziato, con significative problematiche nelle azioni seriali, in cui si riscontra una moltitudine di posizioni soggettive potenzialmente suscettive di nocumento, ovvero tra la posizione del cliente e quella del terzo e dell'avvocato[396]. L'indebito condizionamento delle scelte processuali del finanziato comporta altresì una significativa estensione delle tempistiche processuali[397], qualora il finanziatore reputi insufficiente il quantum oggetto di

giugno 2008, pagine 269-272, sul fatto che le corti australiane reputino validi e ammissibili i contratti di finanziamento del terzo, con il divieto, però, per l'avvocato di imporre al cliente il ricorso a siffatta operazione. J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, "*Justice for profit: a comparative analysis of Australian, Canadian and U.S. third party litigation funding*" citata, pagine 97-102, 139-140, evidenziano l'influenza, anche elevata, riconosciuta dalle Corti al terzo finanziatore sulla azione di classe. C. Veljanovki, "*Third party litigation funding in Europe*" *in Journal of Law, Economics & Policy*", vol. 8, 3/2012, pagine 433-436, nota come il TPLF non riguardi in genere le controversie concorrenziali, per la complessità delle questioni giuridiche e fattuali e per l'incertezza sul quantum risarcitorio a causa della *passing on defence*; T. W. Hill, opera citata, pagina 499.

[394] Influenza sulle scelte del cliente che J. M. Shepherd & J. E. Stone II, opera citata, pagine 19-25 reputano leggera, contraddicendosi, però, subito dopo, dando atto di come il finanziatore possa condizionare lo stanziamento dei fondi alla scelta dell'avvocato del cliente, previ controlli sulla solvibilità dello studio legale. Questa ricostruzione, in realtà, si attaglia maggiormente alle ipotesi in cu ad essere finanziata sia una impresa, indubbiamente meno sensibile a eventuali coartazioni rispetto a un consumatore. È pur vero, però, come notato dagli Autori, che il terzo potrebbe svolgere un controllo sulle *billed hours* degli avvocati, monitorandone così l'operato. Più pragmatica e realistica la ricostruzione di V. A. Shannon, opera citata, pagine 897-898, secondo cui il terzo, non qualificabile come *amicus curiae*, ancorché supporti la posizione del finanziato, influenza: la tattica processuale, la presentazione delle prove, la fase transattiva, la scelta ovvero la sostituzione dell'avvocato, la decisione di accesso ad un arbitrato. Proprio per tale condizionamento processuale, l'A. reputa imprescindibile una regolamentazione procedurale del ruolo del terzo in causa, al fine di evitare abusi in giudizio. Anche J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, opera citata, pagina 121, sottolineano come l'influenza del terzo finisca per essere preponderante, in termini di sviluppo della strategia processuale, di selezione di esperti e di valutazione dei termini di una proposta di transazione. Al riguardo riteniamo che, al fine di prevenire conflitti di interessi ovvero di intercettarli celermente, il giudice potrebbe essere chiamato a conoscere i termini dell'accordo di finanziamento (ovviamente con l'adozione di misure atte a preservare la riservatezza ed eventualmente senza che la controparte vi abbia accesso), sì da stabilire se la gestione della controversia faccia capo in concreto al terzo.

[395] Sui rischi di conflitti di interessi D. R. Hensler , "*The Future of Mass Litigation: Global Class Actions and Third-Party Litigation Funding"* citata, pagina 509; J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, opera citata, pagina 122; C. Silver-D. A. Hyman, "*Third party litigation funding: panacea or more problems*?" citata, pagine 2 e 8, i quali rimarcano come spesso il finanziatore e lo studio legale che assiste il finanziato potrebbero intrattenere una relazione commerciale durevole. E proprio nelle ipotesi in cui l'avvocato abbia un interesse alla riuscita dell'investimento, sarebbe opportuno ottenere il consenso informato da parte del cliente. Al fine di eliminare tali rischi di conflittualità intestina, S. Issacharoff, opera citata, pagine 583-585, ritiene preferibile che il finanziamento avvenga tramite un accordo tra il cliente e il terzo, preservando così la lealtà dell'avvocato verso il primo e i suoi interessi e gli standard di professionalità richiesti alla classe forense. In tal modo, inoltre, vi sarebbe un soggetto terzo con interessi allineati a quelli del cliente che controlla l'operato dell'avvocato. J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, opera citata, pagina 136, notano, di contro, come, ove sia l'avvocato a ricevere il finanziamento, sarebbe difficile immaginare che giudizio e operato del predetto rimangano professionali e indipendenti.

[396] Quest'ultima situazione, peraltro, potrebbe essere causa di una conflittualità di interessi endemica, in presenza di una relazione commerciale duratura tra finanziatore e avvocato (si pensi al caso in cui un o studio legale ottenga il capitale per diverse controversie da parte dello stesso finanziatore). Per tale ragione, si configura come preferibile che il contratto di finanziamento si innesti tra il cliente e finanziatore.

[397] In tal senso C. Silver-D. A. Hyman, opera citata, pagina 7; J. Beisner, J. Miller & G. Rubin, "*Selling Lawsuits, buying troubles. Third-party litigation funding in the United States*" citata, pagina 6;

una proposta di *settlement*[398]. La parte in causa verrebbe così per essere deprivata di iniziativa processuale ed estromessa dalla gestione della controversia[399].

Dal quadro appena tratteggiato emerge la necessità di tutelare il contraente recettore del finanziamento, sia questi un consumatore ovvero un ente rappresentativo, sin dalla fase precontrattuale. Tale esigenza di protezione comporta la necessità di un consenso informato[400] ed espresso da parte del finanziato, sì da assicurare l'effettiva consapevolezza del contenuto del regolamento contrattuale[401].

Ulteriore circostanza da valutare in sede di *third party funding* è la violazione del segreto professionale e della confidenzialità delle comunicazioni tra cliente finanziato e avvocato[402].

---

[398] È bene precisare che potrebbe prospettarsi anche la situazione inversa, in cui il finanziatore, specie dietro le pressioni dei suoi investitori, miri a transigere il più celermente possibile una controversia, con potenziale sacrificio degli interessi del soggetto ricevente il finanziamento; così J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, opera citata, pagina 137.

[399] C. Silver-D. A. Hyman, opera citata, pagine 6-9, escludono che il controllo di un terzo sulla causa possa essere dannoso, posto che ciò sarebbe appannaggio del cliente, con una rappresentazione effettiva dei di lui interessi. *Contra* J. Beisner, J. Miller & G. Rubin, opera citata, pagina 8, i quali evidenziano come il terzo finanziatore, oltre ad avere un interesse in causa, ha pure dei doveri verso eventuali investitori.

[400] Su questa esigenza R. Barton & W. Walker, "A*lyternative litigation finance, part. 1: The waiting game- the economics of a fiduciary litigation practice"* opera citata, pagina 3. Beisner, J. Miller & G. Rubin, opera citata, pagina 9, riflettono sulla occorrenza del consenso informato da parte di ogni componente della class action, circostanza difficilmente praticabile in un sistema di adesioni fondato sull'opt-out.

[401] Nonostante la inopportuna scelta del legislatore europeo di consentire la legittimazione ad agire esclusivamente ad enti muniti di una designazione di matrice pubblica, il fatto che il terzo finanziatore sia chiamato a relazionarsi esclusivamente con l'ente escluderebbe l'occorrenza di un assenso esplicito da parte di ogni singolo consumatore rappresentato. Quest'ultima circostanza è richiesta, ad esempio, nell'ordinamento giuridico australiano pur nella vigenza dell'opt-out. Tuttavia, ciò finirebbe inevitabilmente per alterare la facoltà di selezionare un sistema adesivo diverso dall'opt-in. Ed invero, richiedendosi una manifestazione espressa della volontà di adesione, seppur con riferimento al contratto di finanziamento e non alla instaurazione di una azione seriale, si instaurerebbe un regime di opt-in *de facto*. Per quest'ultimo rilievo si vedano J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, opera citata, pagine 101-103, che rimarcano l'inevitabile incremento dei costi di transazione e un potenziale contrasto con la legge, poiché il Civil Procedure Act (2005) qualifica come non opportuno che la classe sia limitata a coloro i quali abbiano aderito per uno scopo precipuo (*id est*, nel caso in esame, ottenere il finanziamento di un terzo). D. R. Hensler, "*The future of mass litigation: global class aciotn and third party litigation funding"* citata, pagine 319-321, riporta altresì come la quota di danno liquidato spettante al finanziatore si asseti tra il 25 e il 40%, nonché Id "*The Future of Mass Litigation: Global Class Actions and Third-Party Litigation Funding*" citata, pagina 519, con riferimento al fatto che la necessità del consenso all'accordo di finanziamento da parte di ogni componente della classe sarebbe preposto a evitare il *free riding problem* che potrebbe conseguire dal ricorso al TPLF. B. T. Fitzpatrick, "*Can and should the new third-party litigation financing come to class actions"* citata, pagine 116-120, propone, al fine di facilitare il raggiungimento di un accordo, che la contrattazione avvenga tra il terzo e l'avvocato rappresentante la classe; si veda anche S. Voet, "*The crux of the matter: fungind and financing collective redress mechanism"* consultabile su: http://ssrn.com/abstract=2514521, 2015, pagina 16. Pur a fronte di questo inconveniente, però, riteniamo che il quadro normativo descritto dalla direttiva del 2020 si presenti come monco, poiché tace sulla occorrenza di un assenso espresso da parte dei consumatori su un eventuale finanziamento da parte di terzo, così come su un eventuale diritto di uscita. Al riguardo, anche solo a scopo cautelativo, sarebbe stato forse opportuno prevedere come necessaria una forma di consenso da parte dei consumatori, anche implicito, al finanziamento. E proprio la facoltà di fuoriuscire dall'azione rappresentativa consentirebbe di preservare le ragioni dei consumatori, senza deprivarli del diritto di valutazione sulla opportunità o meno di un apporto economico di un terzo, oltre che costituire una effettiva ed efficace soluzione all'eventuale insorgenza pendente causa di un conflitto di interessi (ovvero di una scoperta successiva dello stesso).

[402] Ed invero, alla luce dell'evidente interesse in causa, sia nelle ipotesi di gestione della stessa da parte del terzo sia in quelle in cui il finanziatore si limita a ricoprire un ruolo passivo e silente nel giudizio, il terzo dovrebbe comunicare periodicamente con l'avvocato. E tale comunicazione risulta poi essenziale per l'eventuale rinegoziazione dell'accordo a causa di sopravvenienze o della evoluzione processuale. Si pensi, ad esempio, al caso in cui le risorse necessarie alla conduzione della controversia non siano state stimate correttamente e occorrano più fondi. Sul pericolo per la

Ed invero, proprio in virtù dell'interesse economico in causa, il finanziatore vanta un vero proprio diritto a essere informato costantemente sull'andamento della stessa, potendo teoricamente avere accesso alla documentazione del cliente finanziato. Clausola di salvaguardia del segreto professionale sarebbe quindi l'obbligo di riservatezza[403], scaturente dal contratto di finanziamento. Ciò, però, non elimina *in toto* il pericolo che gli atti e gli elementi di prova di cui il terzo riceve comunicazione possano poi essere oggetto di divulgazione, con conseguente pregiudizio per la strategia processuale nel suo complesso. Proprio in correlazione all'obbligo di riservatezza, poi, altra questione particolarmente delicata attiene alla segretezza del contratto di finanziamento. Prendendo in considerazione l'intelaiatura della direttiva del 2020, gli enti legittimati risultano tenuti a dichiarare le fonti dei fondi impiegati nella controversia seriale[404], senza però dover fare riferimento al contenuto del contratto di finanziamento. Il fatto che quest'ultimo non sia portato alla luce nell'alveo di un giudizio o procedimento rappresenta una circostanza ragionevole e congrua alla necessaria tutela della autonomia contrattuale. Tuttavia, riteniamo che, in presenza di contestazioni mosse dall'ente ricorrente, in relazione a un indebito condizionamento da parte del terzo, ovvero dal convenuto, con riguardo a conflitti di interesse, oppure a seguito del recesso da parte del finanziatore o della sua intenzione di accedere a clausole di rinegoziazione[405] una volta mutata la valutazione sulla opportunità del finanziamento,

---

confidenzialità e il segreto professionale J. Beisner, J. Miller & G. Rubin, opera citata, pagine 7-8; J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, opera citata, pagine 134-136, i quali opportunamente segnalano che le comunicazioni al finanziatore, specie se attinenti a informazioni date a/dall'avvocato, non sono coperte dal segreto professionale e, pur in presenza di un obbligo di riservatezza, non è certo che le predette siano escluse dalla *discovery*.

[403] Si aggiunga, poi, che la riservatezza si atteggia principalmente a uno scudo dietro al quale si trincera il finanziatore per non divulgare il corrispettivo praticato in percentuale sul ricavato del cliente finanziato. Ciò, oltre a costituire terreno fertile per abusi a danno di quest'ultimo, preclude anche la possibilità di illuminare un mercato oscuro sprovvisto di trasparenza, quale è quello del finanziamento delle controverse.

[404] Fortunatamente il legislatore europeo ha imposto suddetto obbligo divulgativo, in assenza del quale si sarebbe prospettato uno stato di opacità, riscontrabile ad esempio negli Stati Uniti d'America. E proprio con riferimento al sistema di finanziamento negli USA, il mercato di finanziamento delle controversie si configura come opaco e frammentato, in considerazione della variabilità della struttura e della durata delle operazioni di investimento in parola e delle tariffe. In tal senso T. Healey, M. B. McDonald and T. Haley, opera citata, pagine 110-111, 112-115, 118-120, riportano che, tendenzialmente, l'investimento ha una durata fissa tra i tre e i quattro anni e che la tariffa richiesta dal finanziatore si assesti attorno al 22% del quantum liquidato. E l'assenza di una standardizzazione o, comunque, di un terreno normativo per favorire la omogeneizzazione dell'attività di TPLF implica anche la presenza di barriere all'ingresso di tale mercato di investimenti e la perpetuazione della asimmetria informativa a danno dei potenziali finanziati, specie se consumatori, proprio per il difetto di trasparenza sul sistema tariffario. Sulla opacità del mercato statunitense di TPLF, la quale si riflette anche sulle negoziazioni, le cui trattative si svolgono al buio, cioè con barriere informative che rendono meno agevole l'accesso ai finanziamenti, M. Steinitz & A. Field, "*A Model Litigation Finance Contract*" in "*Iowa Law Review"*, vol. 99, no. 2, January 2014, pagine 719-720.

[405] V. A. Shannon, opera citata, pagine 883-884, mette in guardia anche sui rischi conseguenti alle ipotesi in cui sia il finanziato a voler rinegoziare l'accordo ovvero a non voler corrispondere quanto dovuto al finanziatore. Più in generale, l'A. evidenza che le istanze di rinegoziazione e l'esercizio del diritto di recesso *pendente causa* possono intaccare l'intero sistema risolutivo delle controversie rendendolo instabile e più costoso.

l'operazione contrattuale in esame non possa non penetrare nel processo rappresentativo. Conseguentemente, non potendosi dilazionare la trattazione e la soluzione delle eventuali criticità citate a un successivo giudizio, posto che lo stanziamento dei fondi può costituire un elemento fondamentale dell'azione rappresentativa, si aprono le porte ad accertamenti incidentali. Questi ultimi, tra l'altro, potrebbero non essere di così agevole soluzione, venendo in rilievo questioni afferenti all'interpretazione di un regolamento contrattuale complesso e concernente un rapporto di durata[406], e che, di certo, aggravano il giudizio, in tensione con il principio di ragionevole durata dello stesso[407].

Bisogna poi riflettere su una potenziale contraddizione interna al sistema elaborato dal legislatore europeo. Consentire il finanziamento della controversia da parte dei terzi equivale ad ammettere la inadeguatezza dell'ente legittimato a curare in concreto gli interessi del gruppo di consumatori rappresentati[408]. Ed invero, indipendentemente dal fatto che gli enti non devono perseguire uno scopo di lucro, si assiste comunque a una esternalizzazione della adeguata rappresentatività degli interessi collettivi dei consumatori, mediante il ricorso a risorse economiche esterne. Riteniamo che tale criticità non emergerebbe, invece, in assenza di un atto di designazione pubblicistica, il quale quindi, si appalesa come assolutamente futile. Ed invero, per l'esperimento di una azione rappresentativa, si presenta come necessario un completamento o una integrazione in termini economici da parte di un terzo[409]. Ad essere imprescindibile, quindi, è il controllo della autorità adita, e non già quello a monte.

Occorre altresì considerare una conseguenza che il finanziamento della controversia da parte di terzi potrebbe comportare per il soggetto convenuto in giudizio[410], alla luce dalla definizione adottata dalla direttiva, ovverosia quella di professionista. La individuazione,

[406] È possibile ovviamente che il finanziamento sia circoscritto al primo grado di giudizio oppure intervenga soltanto in fase di gravame. Tuttavia, seguire una controversia nei diversi stadi e gradi di giudizio potrebbe essere più confacente all'interesse economico del terzo.

[407] E in tensione con gli interessi dei consumatori rappresentati, i quali, in caso di provvedimenti risarcitori, si vedranno costretti a dover attendere molto più tempo per ricevere una tutela giudiziale. Su questo frangente, però, non si pongono almeno pericoli connessi ad un infruttuoso decorso della prescrizione alla luce dell'effetto sospensivo e/o interruttivo congegnato dall legislatore.

[408] Per tale ragione C. Silver-D. A. Hyman, opera citata pagina 12, considerano come necessaria la segretezza del contratto di finanziamento, al fine di evitare dubbi sulla adeguatezza della rappresentanza.

[409] E al riguardo, poi, bisognerebbe riflettere sull'utilità di limitare la legittimazione ad enti senza scopo di lucro, quando poi un interesse economico, di un soggetto estraneo alla controversia, finisce per penetrare le maglie di un processo collettivo e, stanti gli innegabili poteri di condizionamento del terzo nella gestione della controversia, primeggiare.

[410] J. Beisner, J. Miller & G. Rubin, opera citata, pagina 5, con riferimento alla esperienza delle class actions statunitensi fanno riferimento ai rischi di *settlements* di matrice ricattatoria cui verrebbe costretto il convenuto in giudizio, incrementati proprio a causa della presenza di un terzo finanziatore e di condotte opportunistiche, posto che la meritevolezza della iniziativa giudiziaria finanziata costituisce soltanto uno dei parametri che orientano la scelta di investimento.

generica, di quest'ultimo quale soggetto passivo, in luogo di una impresa, implica che lavoratori autonomi e prestatori d'opera possono essere convenuti in un processo seriale, con patenti rischi in punto di deterioramento e destabilizzazione economica.[411] Non essendo stato approntato a livello europeo un reale sistema di protezione della posizione della parte resistente in presenza di *third party funding*, non è da sottovalutare la potenziale rovina finanziaria del professionista convenuto, anche a seguito di condotte opportunistiche e surrettiziamente poste in essere per esautorare il predetto dal mercato[412]. Agevolare la proposizione di azioni con riferimento a microdanni, anche in chiave di deterrenza verso gli illeciti di massa, non può determinare uno sbilanciamento eccessivo in favore delle ragioni dei consumatori[413].

Si devono necessariamente tenere in considerazione anche gli effetti economici nel medio-lungo periodo degli istituti giuridici implementati[414]. Scelta equilibrata e improntata ad un reale bilanciamento comparativo tra gli interessi in gioco sarebbe stata allora una normativa contraddistinta da trasversalità, e in punto di legittimazione ad agire e in punto di settori giuridici interessati. La tutela delle posizioni consumeristiche in chiave collettiva, cioè, non

[411] Per la verità, il rischio descritto può appalesarsi anche con riguardo a sistemi giuridici con una differente prospettiva sulle figure di ricorrente e resistente; per queste considerazioni J. M. Shiepherd, "*Ideal versus reality in third-party litigation financing*" in "*Journal of Law, Economics & Policy*", vol. 8 n. 3/2012, pagina 607.

[412] A ciò si aggiunge poi il rischio che le parti addivengano ad un accordo transattivo e/o conciliativo avente ad oggetto somme di danaro potenzialmente più elevate di quelle effettivamente corrispondenti ai pregiudizi arrecati. Riteniamo, invece, che sia meno verosimile il pericolo di transazioni ricattatorie, come nell'esperienza statunitense, a meno che il finanziatore –e, purtroppo, nella direttiva UE non vi sono concreti ostacoli giuridici che arginino questo rischio- non ricopra un ruolo attivo e monopolizzi la gestione della controversia. Sussistono, quindi, rischi che i terzi finanziatori selezionino pretese a basso costo e con prospettive di un ritorno economico elevato, per travolgere la parte resistente e costringerla a transigere.

[413] Si può poi rimarcare come tale squilibrio non è innestato dal legislatore con riferimento agli opportuni istituti giuridici (*id est* l'esibizione probatoria, alla luce della scellerata formulazione dell'art. 18 della direttiva), bensì in relazione a operazioni complesse e con difficoltà applicative, come il *third party funding*.

[414] Riteniamo che una probabile conseguenza di una disciplina improntata ad una illogica e anacronistica protezione delle sole ragioni consumeristiche non può non scoraggiare investimenti da parte di imprese nello spazio economico europeo. J. M. Shiepherd, opera citata, pagine 607-613, rimarcando i casi in cui il convenuto si trova in una posizione di svantaggio, richiama le controversie in materia di violazione dei brevetti e quelle sulla fissazione anticoncorrenziale dei prezzi. Nel primo caso, infatti, la parte resistente è chiamata a sostenere elevati costi per l'esibizione probatoria, in aggiunta ad un elevato onere della prova, dovendo dimostrare la invalidità del brevetto ovvero la non violazione dello stesso. Nelle cause antitrust, poi, in considerazione del regime di responsabilità solidale, potrebbe esser chiamato a rispondere di un illecito anche una impresa che ha ricoperto un ruolo marginale ovvero che ha ottenuto profitti indebiti esigui. Pertanto, proprio le cause antitrust di fissazione dei prezzi, palesandosi quali controversie a basso rischio e con elevate prospettive di guadagno, rischiano di costituire terreno fertile per condotte abusive da parte dei terzi investitori. Si consideri che, fortunatamente, i pericoli appena illustrarti sono alquanto remoti nell'ordinamento giuridico UE e in quello nazionale, ove, pur vigendo un sistema di responsabilità solidale, è fatto salvo il diritto di regresso del convenuto condannato al risarcimento nei confronti dei coautori, non previsto, invece, dal diritto antitrust statunitense. Sulla circostanza per cui le controversie antitrust, alla stregua di quelle afferenti alla proprietà industriale, siano le cause con maggiore attrattiva per i finanziatori J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, opera citata, pagine 132-133.

può e non deve essere totalizzante, occorrendo una implementazione anche delle iniziative individuali dei predetti[415] e una valutazione delle condizioni economiche dei professionisti.

Nonostante la moltitudine di criticità che porta con sé il *third party funding*, le operazioni in esame costituiscono un fondamentale strumento per l'ampliamento dell'accesso alla giustizia[416], specialmente con riferimento agli *small claims*, che rimarrebbero altrimenti sprovvisti di concreta tutela giurisdizionale pur in presenza di azioni seriali. Ed invero, la semplice previsione normativa di queste ultime non assicura una concreta attuazione di forme di tutela giurisdizionale collettiva, soprattutto in considerazione dell'istituto a base rappresentativa prescelto dal legislatore europeo, peraltro necessitante di un atto di certificazione pubblico. Non basta, infatti, predisporre una disciplina sulle azioni rappresentative per rimuovere le barriere di accesso alla giustizia. E su questo frangente, il finanziamento delle controversie da parte di un terzo, oltre a contrastare la ritrosia ad agire

[415] Iniziative che il legislatore europeo ha totalmente obliato, peraltro in modo maldestro e senza una concreta giustificazione giuridica.

[416] Il fatto che il *third party funding* sia destinato ad incrementare, anche in modo massiccio, il numero di cause incardinate è da considerarsi quale fenomeno neutro e non sintomo della inaugurazione di una corsia preferenziale anche per cause frivole e pretestuose. E difatti, tralasciando l'assenza di dati empirici su quest'ultima possibilità, lo scenario in cui un terzo sostenga economicamente cause manifestamente infondate appare alquanto inverosimile, salvo il caso in cui si tratti di una multinazionale multimilionaria. Trattandosi di una operazione di investimento, peraltro posta in essere da operatori dotati di competenze tecniche, il primario interesse del terzo sarà sempre quello di ricavare un profitto. J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, opera citata, pagina 141, evidenziano proprio come non esistano dati empirici sul temuto aumento di cause frivole riconducibile al TPLF. J. M. Shepherd & J. E. Stone II, opera citata, pagina 31, notano come sarebbe assolutamente antieconomico per il finanziatore sostenere cause frivole, trattandosi di una via per il collasso finanziario. In tal senso si veda pure D. R. Hensler, "*The Future of Mass Litigation: Global Class Actions and Third-Party Litigation Funding*" citata, pagine 512-513, la quale sottolinea anche come, oltre agli ostacoli di sostenibilità economica per il finanziatore, la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America abbia accresciuto la rigorosità dell'interpretazione dei requisiti della *certification*, con conseguente incremento dell'onere della prova in capo al ricorrente della sussistenza degli stessi. Si veda C. Veljanovki, "*Third party litigation funding in Europe*" citata, pagine 446-447, sulle illogicità e anticonomicità del finanziamento di cause frivole e infondate, pur con le potenzialità di un utilizzo strategico e opportunistico dell'operazione di finanziamento (e.g. ricorrente che comunica al convenuto la presenza di fondi esterni prima del loro stanziamento, allo scopo di indurlo a transigere). L'A, opera citata, pagina 447, rimarca altresì che l'aumento del numero di controversie, conseguenza quasi inevitabile del ricorso al TPLF, riguarderebbe in genere pretese che altrimenti non avrebbero accesso alla giustizia.
Bisogna dar conto, però, del fatto che il TPLF potrebbe di contro riguardare prioritariamente cause esacerbanti uno squilibro già esistente tra ricorrente e convenuto, con rischi di *overcompensation* e *overdeterrence*; in tal senso J. M. Shepherd, "*Ideal versus reality in third-party litigation financing*" citata, pagine 1-2. Ed invero, specialmente nelle ipotesi in cui tenti di evitare una rovina finanziaria, la parte convenuta è particolarmente esposta a condotte opportunistiche, oltre ad essere più propensa a transigere, talora pagando più di quanto dovrebbe. Nel sistema descritto dalla Direttiva 1828/2020, suddetto rischio non appare configurabile, posto che ad agire non sono le imprese. Tuttavia, non possono sottovalutarsi i rischi di condotte approfittatrici da parte del terzo finanziatore ai danni del convenuto, specialmente ove questi non possieda risorse sufficienti a fronteggiare un procedimento lungo e complesso. Ricordiamo, infatti, che la parte passiva dell'azione rappresentativa potrebbe allo stato attuale essere un piccolo imprenditore o un libero professionista. Altro fattore, poi, che potrebbe facilitare la proposizione di cause frivole è la differenziazione degli investimenti da parte del terzo, il quale, pertanto, potrebbe anche decidere di investire in controversie manifestamente infondate, conscio del fatto che riuscirebbe a coprire eventuali perdite.

dovuta ai costi processuali e al rischio di soccombenza[417], consentirebbe altresì di scalfire la asimmetria informativa, e quindi le difficoltà di ricercare elementi di prova, favorendo anche una maggiore conoscenza della legge[418]. Ove, poi, il terzo finanziatore ricoprisse un ruolo attivo nella controversia, come nelle esperienze australiana e statunitense, questi potrebbe fornire consulenza e assistenza al cliente finanziato[419] anche da una prospettiva eminentemente economica, a differenza dell'avvocato[420]. Indubbi, pertanto, sono i vantaggi delle operazioni di finanziamento delle controversie da parte di terzi[421].

Non possono, però, di certo essere obliterare le criticità sopramenzionate. Occorre quindi una regolamentazione generale del fenomeno o quantomeno una fissazione di norme minime e standard anche mediante codici di autocondotta[422]. Una disciplina positiva, infatti, consentirebbe di imbastire precipui obblighi di trasparenza e informazione precontrattuale, non dissimili da quelli vigenti in ambito bancario e di intermediazione finanziaria[423], sì da proteggere i singoli consumatori contro eventuali abusi da parte dei finanziatori. A causa di questi ultimi, peraltro, risulta deprecabile la scelta del legislatore europeo di non approntare alcun tipo di cautela nella fase precedente alla stipula del contratto, essendo l'atto normativo in esame deputato esclusivamente alla tutela degli interessi dei consumatori. La riconduzione del finanziamento del terzo in una cornice normativa permetterebbe poi di superare le problematiche connesse alla tutela del segreto professionale, alle modalità di esercizio del

[417] La scelta di investire in una determinata controversia difatti è (o comunque dovrebbe essere) particolarmente oculata e frutto di attente valutazioni di una moltitudine di fattori. Queste presuppongono attività di indagine e di raccolta di informazioni, che, in ultima istanza, vanno appannaggio del soggetto finanziato nella conduzione della controversia.

[418] Così A. Pinna, opera citata, pagina 19.

[419] Questo il rilievo di J. M. Shepherd & J. E. Stone II, opera citata, pagina 28, i quali prospettano anche una consulenza da parte del terzo sulla opportunità o meno di una offerta transattiva. Si può obiettare a tale ricostruzione, forse semplicistica, che il terzo potrebbe avere interesse a una immediata transazione a causa delle pressioni dei propri investitori. E ciò andrebbe a detrimento delle ragioni del cliente alla stregua di un eventuale rifiuto de una proposta di transazione, dietro consiglio dell'avvocato, al fine di ottenere una somma più elevata.

[420] Su questo frangente, nonostante l'obbligo in capo all'ente legittimato di divulgare le fonti di finanziamento, non sussistono materiali cautele contro una monopolizzazione della gestione della controversia da parte del finanziatore, quale deriva di una influenza sulla stessa. In concreto, infatti, soltanto il convenuto potrebbe sollecitare, attraverso rimostranze e preoccupazioni, un accertamento da parte dell'autorità adita sulla sussistenza di un conflitto di interessi e/o di una primazia del controllo sulla controversia da parte del terzo. Primazia che, in ultima istanza, è destinata a costituire una ipotesi di conflitto di interessi, per il restringimento asfittico degli interessi dei consumatori. Le rimostranze citate, però, dovrebbero essere motivate.

[421] La dottrina si è addirittura spinta a paventare la sostituibilità della class action e delle azioni seriali con il *third party litigation funding.* Si tratta di ricostruzioni forse troppo fantasiose e di difficile attuazione concreta.

[422] Come avvenuto nell'esperienza australiana. La debolezza di un sistema di autoregolamentazione, però, si manifesta patentemente nella discrezionalità della adesione da parte degli operatori economici.

[423] Il riferimento a questi settori ordinamentali è quasi fisiologico, posto che il terzo finanziatore può essere un istituto bancario o assicurativo o un broker. L'operazione in esame, del resto, è un vero e proprio investimento, con un *alea* ben preciso, ovverosia l'esito del giudizio. E si potrebbe persino sostenere l'opportunità di introdurre l'obbligatorietà di una autorizzazione per lo svolgimento di attività di finanziamento oppure di una iscrizione ad un apposito ruolo e/o registro.

diritto di recesso[424], alla fissazione di parametri massimi per la percentuale spettante al terzo finanziatore[425]. Tutti elementi altrimenti lasciati all'arbitrio dell'investitore[426].

In alternativa a una regolazione *ex lege*[427] -che, però, sarebbe la soluzione migliore- si potrebbe aprire la via per controlli giurisdizionali su base casistica, secondo l'esperienza canadese[428]. L'autorità adita, cioè, sarebbe onerata, in aggiunta a tutti gli accertamenti sulla fase di ammissibilità di un'azione seriale, di valutare l'equità e la non sproporzionalità

[424] J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, opera citata, pagina 148, riportano come in Australia sia consentito l'esercizio del diritto di recesso in base a quanto pattuito dalle parti, mentre in Canada tale diritto di uscita è esperibile soltanto ove il finanziato e/o l'avvocato non comunichino gli aggiornamenti periodici al finanziatore ovvero nel caso in cui il cliente nomini un nuovo rappresentante legale. Non si conosce invece la modalità di funzionamento dell'istituto in parola negli USA a causa del difetto di trasparenza.

[425] Non è comunque da escludere la possibilità che siano applicate le normative nazionali antiusura per vantaggi usurari.

[426] Ed invero, in assenza di dati accessibili sulla percentuale in media richiesta dal terzo finanziatore, sulla durata del finanziamento, sulle condizioni per l'esercizio del diritto di recesso ovvero sulla rinegoziazione dei termini dell'accordo per sopravvenienze, ai potenziali finanziati è preclusa ogni comparazione tra i diversi operatori economici sul mercato. E ciò, oltre a influire inevitabilmente sul grado di consapevolezza della scelta del finanziatore, impedisce un funzionamento concorrenziale del mercato. Sul fatto che, nella prassi statunitense, sia preclusa ai soggetti interessati una comparazione tra finanziatori in competizione tra loro proprio a causa della mancanza di dati in punto di tasso percentuale praticato J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, opera citata, pagine 132 e 143, i quali sottolineano come in presenza di una *disclousure* sulle percentuali di ritorno praticate dai finanziatori e sui dettagli degli accordi, il mercato sarebbe più competitivo, e dunque meno soggetto ad abusi, e il cliente avrebbe più scelte.

Ad ogni modo, nell'evenienza in cui, proprio grazie alla spinta delle azioni rappresentative a tutela dei consumatori, dovesse svilupparsi un mercato di finanziamento delle controversie, sarebbe naturale tentare di ricondurre tale istituto a uno schema normativo predeterminato per una acquisita rilevanza sociale. Allo stato attuale riteniamo invece che l'operazione contrattuale in parola sia qualificabile come un contratto misto o complesso, in cui si intersecano elementi propri del mutuo, della assicurazione, della prestazione d'opera e/o del mandato (nel caso in cui il finanziatore ricopre un ruolo attivo nella gestione della controversia).

[427] Sull'opportunità di una disciplina generale dei patti di finanziamento V. A. Shannon, opera citata, pagine 883-893, 907-908. In particolare, sarebbe necessario individuare una nozione unitaria di finanziatore e finanziamento, posto che tale operazione non è un mutuo (con conseguente inapplicabilità della disciplina antiusura), bensì un investimento in cui il cliente è tenuto a pagare soltanto in caso di vittoria, donde la aleatorietà dell'accordo. L'operazione, peraltro, potrebbe essere trilaterale, con il coinvolgimento dell'avvocato. Sul versante applicativo, poi, occorrerebbe la fissazione di standard regolatori, per garantire trasparenza e certezza, anche in punto di capitale minimo richiesto al finanziatore. In tal modo si eviterebbe al finanziato di rimanere senza fondi durante lo svolgimento del processo a causa di sopravvenienze riguardanti lo stanziatore dei predetti. Si aggiunga che non dovrebbe escludersi in toto la creazione di una regolazione assimilabile a quella della intermediazione finanziaria, posto che si si trova comunque di fronte a un investimento.

[428] Sull'assetto giuridico del *third party funding* in Canada, ove l'operazione non è di per sé vietata, ma sussiste un obbligo di trasparenza si vedano G. M. Solas, "*Finanziare il contenzioso: esperienze a confronto"* citata, pagina 192; G. Scarchillo, opera citata, pagina 57-58. J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, opera citata, pagina 114-115, i quali sottolineano come l'approvazione da parte delle corti canadesi dell'accordo di TPLF sia subordinato ad un giudizio di *fairness* in relazione alla posizione dei componenti della classe, che, in questo modo, pur non essendo parti del contratto, rimangono a esso vincolati. Al riguardo, può notarsi come un controllo giudiziale che prenda in considerazione le posizioni dei componenti della classe, al fine di evitare che le stesse vengano conculcate nell'ambito di un contratto di TPLF, potrebbe permettere di superare le pastoie costituite dalla necessità di riceve un consenso espresso da parte di ogni soggetto rappresentato (con la creazione di un opt-out *de facto* come in Australia). Inoltre, anche negli ordinamenti in cui non sia richiesto tale consenso esplicito si salvaguarderebbero le posizioni dei consumatori rappresentati.

Afferisce a controlli giudiziali di tipo casistico anche la necessità di rivelare al giudice l'identità del finanziatore, avvertita, con riguardo al sistema statunitense, da V. A. Shannon, opera citata, pagina 903. A differenza di quanto avviene nel sistema statunitense di TPLF, però, ove non sussiste un obbligo di rivelare l'identità del terzo finanziatore, tale obbligo di divulgazione sussiste nell'impianto della direttiva, dato che gli enti rappresentativi devono dichiarare la fonte dei fondi che alimentano la gestione della controversa. Tale imposizione, oltre ad agevolare possibilmente la individuazione di conflitti di interessi, assicura indipendenza e integrità del *decisum*, posto che i componenti dell'autorità adita dovrebbero astenersi nell'ipotesi in cui intrattengano un rapporto con il finanziatore (che potrebbe essere un istituto bancario o assicurativo).

dell'accordo[429] ovvero di esaminare la mera compatibilità del negozio di finanziamento con la legge[430]. In alternativa, l'oggetto della compulsazione da parte dell'autorità potrebbe essere il solo *quantum* preteso dal finanziatore[431]. Tralasciando il fatto che ciascuna di queste alternative pone problematiche, o in termini di completezza o in termini di eccessiva complessità per il livello di dettaglio dell'analisi richiesta, bisogna rilevare come appaia controproducente aggravare il carico di lavoro degli organi giurisdizionali. D'altra parte, è pur vero che un controllo legato al caso di specie consentirebbe di bilanciare effettivamente il rapporto tra ricorrente finanziato e professionista convenuto, specie nelle cause in quest'ultimo è particolarmente esposto a rischi di rovina economica e alle condotte opportunistiche del terzo finanziatore. Potrebbe, dunque, ipotizzarsi, prendendo spunto dal regime di valutazione casistica di stampo canadese, l'implementazione di controlli da parte della autorità amministrative deputate alla vigilanza di precipui settori ordinamentali. Tale possibilità, però, ai fini di una concreta applicazione, necessiterebbe di segnalazioni da parte dei soggetti interessati (*id est*, nel caso di azioni rappresentative, l'ente ricorrente, le associazioni di categoria che non hanno intentato una specifica azione, i consumatori, il soggetto convenuto)[432]. Pertanto, tenuto conto del fatto che il *third party litigatin funding* comporta benefici[433] e nodi, anche spinosi, da sciogliere, e considerato altresì il fatto che in

[429] Se si dovesse propendere per un controllo di merito.

[430] Anche se, in questo modo, non sarebbe possibile individuare clausole potenzialmente vessatorie.

[431] Riteniamo che, al fine di valutare la ragionevolezza delle condizioni dell'accordo di finanziamento e la presenza di conflitti di interessi, il controllo giudiziale dovrebbe riguardare la percentuale richiesta dal terzo e al grado di influenza di quest'ultimo sulla gestione della controversia. J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, opera citata, pagine 123-125, mettono in luce il rischio, conseguente al controllo giudiziale sul contratto di finanziamento, della perdita di un potenziale vantaggio strategico, poiché la controparte ne verrebbe a conoscenza. In realtà, una tale cognizione potrebbe di contro aumentare l'influenza del ricorrente sulla scelta del convenuto di transigere. Gli Autori si chiedono altresì se lo scrutinio del giudice sul negozio di finanziamento debba essere soltanto inziale oppure anche in corso di causa. Riteniamo che, per ragioni di opportunità ed efficienza processuale, tale controllo dovrebbe esser espletato *ab origine*, dovendo le eventuali sopravvenienze (e.g. ricorso a clausole di rinegoziazione, esercizio del diritto di recesso, contrasti sull'interpretazione del regolamento contrattuale) divenire oggetto di un autonomo procedimento.

[432] Tuttavia, anche con riferimento a questa ricostruzione, bisogna considerare che le funzioni svolte da autorità amministrative di settore e indipendenti (si pensi All'AGCM) sono già significativamente elevate e, in ogni caso, è improbabile lo stanziamento di risorse statali aggiuntive a tale scopo.

[433] V. Sahani, "*Reshaping third-party funding"* opera citata, pagina 409, riconduce i benefici del TPLF alle piccole imprese, agli studi legali e agli individui con risorse economiche limitate. Deborah R. Hensler, opera citata, pagine 322-323, tra i benefici del TPLF individua la possibilità che un numero crescente di studi legali si dedichi alle azioni di classe, l'aumento della competitività tra gli avvocati e degli investimenti nella fase preprocessuale. E tale competitività, con una diffusione delle operazioni di finanziamento, riguarderebbe anche il mercato di TPLF, consentendo così una più agevole accessibilità ai finanziamenti e un abbassamento delle tariffe praticate. C. Veljanovki, "*Third party litigation funding in Europe*" citata, pagine 437-439, riconduce al TPLF un incrementato accesso alla giustizia e la facilitazione delle azioni di gruppo (in particolare il quantum risarcitorio sarebbe certamente superiore a quello di una azione senza finanziamenti esterni), fenomeni che produrrebbero esternalità positive. Ed invero, la presenza del terzo finanziatore potrebbe incentivare il ricorso ai *settlements* da parte dei soggetti convenuti, così riducendo il tasso di contenziosità. J. M. Shepherd & J. E. Stone II, *"Economic conundrums in search of a solution: the functiongs of third-party litigation finance*" citata, pagine 3-5, 16, evidenziano come il TPLF avvantaggi anche gli studi legali nella ricerca del capitale per sostenere le cause

taluni Paesi dell'UE[434] (e, segnatamente, in Belgio, Austria, Paesi Bassi, Germania, Olanda), già da prima dell'entrata in vigore della Direttiva 1828/2020, è consentito il ricorso al finanziamento delle controversie, anche in forma collettiva, la decisione del legislatore europeo in materia potrebbe ritenersi attuale e conscia di esigenze e prassi contrattuali. Tuttavia, in linea con l'intero impianto dell'atto normativo oggetto di disamina, anche la positivizzazione del finanziamento da parte del terzo si configura come monca e incompleta, poiché sprovvista di norme di salvaguardia e requisiti minimi. Ne consegue il rischio di una differenziazione tra le discipline normative dei singoli Stati membri, la quale, poi, potrebbe esser causa del *forum shopping*[435]. V'è da sperare, dunque, che la normazione nazionale tenga

e diversificare le stesse. È importante, poi, come gli Autori sottolineino che il settore più appetibile per il TPLF sia il diritto antitrust, alla luce della possibile irrogazione di ingiunzioni provvisorie e definitive, dei danni punitivi e dei *treble damages*. J. M. Shepherd & J. E. Stone II, opera citata, pagina 21, individuano quello che potremmo definire beneficio esterno e indiretto del TPLF: la presenza del finanziatore, infatti, potrebbe fornire alla controparte e al giudice un indice sulla fondatezza della domanda, in considerazione dell'esborso di somme di danaro da parte del terzo. B. T. Fitzpatrick, opera citata, pagine 121-122, rileva come se da una parte il TPLF incrementa il numero di controversie e la lunghezza dei processi, dall'altra bisogna tener conto del fatto che si tratta di pretese che, senza fondi esterni, non avrebbero avuto accesso al circuito giurisdizionale e che, in assenza del monitoraggio del terzo finanziatore, i procedimenti potrebbero concludersi più celermente, ma con accordi transattivi al ribasso. T. W. Hill, opera citata, pagina 503, sottolinea che il ricorso al TPLF consentirebbe agli studi legali di prendere in carico più controversie. S. Z. Ahmed, *"Access to Justice: Litigation Financing and the New Developments*" in "*International Academic Journal of Accounting and Financial Management*", Vol. 4, n. 1, 2017, pagina 94, annovera tra i benefici del TPLF l'accesso alla giustizia e il rispetto, tramite il controllo del terzo, di standard di condotta da parte dell'avvocato del ricorrente. R. Torino, opera citata, pagina 259, rimarca come sia proprio l'operazione di finanziamento di una lite da parte del terzo a mettere in moto la macchina processuale delle azioni seriali. Tuttavia, bisogna dar conto, come opportunamente si legge in J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, opera citata, pagina 142, del fatto che il TPLF, in presenza dell'interesse economico del terzo, difficilmente può dare accesso alla giustizia a questioni afferenti a diritti universali e civili e, per di più, pone le basi per la creazione di un mercato secondario di partecipazioni alle imprese che stanziano i finanziamenti (tendenzialmente si tratta, infatti, di società quotate), con conseguenti rischi per l'effettività della cura degli interessi dei clienti finanziati. Più in generale, potremmo affermare che dal finanziamento del terzo non consegue automaticamente l'accesso alla giustizia di pretese facenti capo a soggetti in una posizione di debolezza, come i consumatori lesi da un illecito plurioffensivo.

[434] In particolare G. M. Solas, opera citata, pagine 195-197, riporta come in Olanda, grazie al finanziamento di terzi siano state già instaurate diverse azioni risarcitorie collettive a tutela dei consumatori, mentre in Belgio, la società Cartel Damage Claims finanzia soprattutto azioni risarcitorie antitrsut, succedendo nella titolarità ad agire in giudizio dei danneggiati. In Francia, sempre nel settore antitrust, è consentito il ricorso al finanziamento della controversia da parte di terzo, qualificato quale contratto misto, in cui concorrono elementi del contratto di prestazioni di servizi, del conferimento in società, del mandato, del contratto aleatorio e del credito al consumo. L'A. nota poi come il *third party funding* in Europa sia legato maggiormente alle azioni collettive, in considerazione della asimmetria informativa e alla apatia razionale dei consumatori. Il legislatore europeo sarebbe stato conscio di ciò e avrebbe garantito una apertura alle operazioni di finanziamento della controversia di un terzo sin dalla Direttiva 104/2014 la quale, all'articolo 2 punto 4, statuisce che le azioni per il risarcimento danno possono essere proposte dinanzi all'autorità giudiziaria nazionale anche dalla "persona che ha rilevato la (...) domanda" dell'avente diritto. Pur potendo l'opinione dell'Autore apparire convincente, bisogna notare come l'art. 2 faccia riferimento in generale ai fenomeni successori nella posizione attorea e al fenomeno della rappresentanza. Per un quadro sul *third party litigation funding* in Europa si veda anche C. Veljanovki, "*Third party litigation funding in Europe*" *in Journal of Law, Economics & Policy*", vol. 8, 3/2012, pagine 430-433. In particolare, l'A. riporta che nei Paesi Bassi, in Belgio e in Irlanda le operazioni di finanziamento, contraddistinte da un ruolo passivo del finanziatore, attengono in genere danni da cartello e condotte di fissazione dei prezzi.

[435] La indeterminatezza della disciplina sul finanziamento del terzo appare ancor più critica se si considera che essa rispecchia il contenuto di un atto di soft law, ovverosia la Raccomandazione della Commissione dell'11 giugno 2013, il cui punto 16 metteva in guardia sui rischi di una influenza sulle decisioni processuali della parte ricorrente, compresa quella di transigere, del finanziamento di un'azione di ricorso collettivo contro un convenuto concorrente del terzo, o contro un convenuto da cui lo stesso terzo dipende. Nessuna di codeste cautele è stata sottoposta ad un'opera di

conto degli obiettivi enunciati nella direttiva[436] per una effettiva implementazione delle azioni rappresentative, nonché nel ruolo chiarificatore delle corti nazionali e della Corte di Giustizia[437]. Ed invero, a questo proposito, riteniamo che le azioni seriali, quale istituto votato alla compensazione dai danni ma anche alla deterrenza e alla prevenzione di condotte illecite plurilesive, possano costituire il principale strumento per implementare il private enforcement in tutti i settori enucleati nell'allegato I, portando così a compimento i propositi in tal senso avviati con la Direttiva 104/2014 sulle azioni risarcitorie antitrust, possibilmente irrobustendo le fondamenta per la proposizione di azioni stand alone e non soltanto di quelle follow-on[438].

Infine, si può notare come esistano alternative al finanziamento del terzo, talora meno problematiche in termini applicativi. In particolare, si fa riferimento alla possibilità di finanziare le azioni rappresentative impiegando una percentuale delle sanzioni amministrava a capo degli operatori economici che hanno violato la normativa europea[439], al ricorso alla assicurazione contro le spese di giustizia[440] e/o ai patti di quota lite[441], alla costituzione di un

precisazione e concretizzazione, con la previsione di rimedi nelle ipotesi in cui si dovesse presentare una influenza indebita.

[436] Obiettivi che sembrano costituire una enunciazione di proclami senza una reale consapevolezza delle difficoltà e delle problematiche insite nel disciplinare meccanismi di tutela giurisdizionale collettiva e gli istituti che vi orbitano attorno, oppure di proclami, con il solo scopo di restringere le prospettive di tutela di imprese e professionisti nell'alveo di una nuova ondata di consumerism. Anche se, al riguardo, sarebbe allora stato lecito attendersi scelte normative più decisive e coerenti con tale scopo, in punto di vincolatività di decisioni definitive (in luogo della formulazione vaga e di cui all'art. 15), di esibizione probatoria, di legittimazione ad agire.

[437] V'è da attendersi, ad esempio, la proposizione di quesiti sulla possibilità di una interpretazione estensiva degli istituti in materia antitrust (cioè esibizione probatorie e vincolatività di una decisione definitiva) al fine di una disciplina trasversale uniforme.

[438] Favorire l'esperimento di azioni stand alone è propedeutico a recidere la sudditanza del private enforcement rispetto al public enforcement, di talché gli sforzi su iniziativa privata al contrasto di comportamenti illeciti sul mercato non seguirebbero pedissequamente un accertamento pubblicistico. In tal modo, gli sforzi di pubbliche autorità e di privati danneggiati non sarebbero profusi nella medesima direzione, con la possibilità di intercettare efficacemente quegli illeciti che sfuggono ai controlli pubblici. E tale circostanza potrebbe trovare concreta realizzazione dato che l'ente legittimato può agire per ottenere prioritariamente una decisione di tipo inibitorio da invocare nel successivo giudizio risarcitorio.

[439] Per una proposta affine si veda R. Torino, opera citata, pagina 275, sulle potenzialità applicative dell'art. 148 della legge del 23 dicembre 2000, n. 388, secondo cui le sanzioni amministrative irrogate dalla AGCM sono destinate ad iniziative a vantaggio dei consumatori. Nello specifico, tali entrate sono destinate ad un apposito fondo iscritto nello stato di previsione del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato per la tutela degli interessi collettivi senza risorse pecuniarie.

[440] Su cui diffusamente M. Faure & J. De Mot, "*Comparing third-party financing of litigation and legal expences insurance*" in "*Journal of Law, Economics and Policy, Vol. 8, No. 3, 2012*" consultabile su: http://ssrn.com/abstract=2168438, 29 ottobre 2012.

[441] Per una descrizione delle diverse conformazioni dei patti di quota lite negli USA R. Torino, opera citata, pagine 261-263, il quale riporta altresì l'ammissibilità di tali accordi nel Regno Unito, dal 2000, e in Canada, ove, a differenza di quanto avviene negli Stati Uniti, le Corti svolgono un ruolo calmierante, dovendo approvare il patto. In particolare, nei sistemi di common law, si rinvengono cinque articolazioni del *contingency fee,* con l'obbligo del cliente di pagare l'avvocato solo in caso di successo nella controversia. Nel *no win – no fee agreement*, l'avvocato accetta di essere pagato secondo l'usuale corrispettivo orario solo in caso di successo nella controversia. Nel *conditional fee*, l'avvocato conviene di essere pagato in caso di successo nella controversia, moltiplicando il corrispettivo per un coefficiente numerico (che va a individuare il rischio insito nella controversia), incrementante il risultato finale. La *uplift fee* implica il pagamento dell'avvocato in caso di successo nella controversia, con l'aggiunta di un importo prefissato ovvero determinato

fondo pubblico per il finanziamento delle azioni seriali[442].

La prima soluzione non pone particolari criticità ai fini applicativi, pur dovendosi considerare una inevitabile riduzione di introiti pubblici. Il ricorso ai patti di assicurazioni contro le spese di giustizia[443], da lato attivo e passivo del giudizio, oltre a poter essere ricondotto alla

percentualmente sulla base dell'usuale corrispettivo (*uplift percentage*). Con la *percentage of recovery fee*, l'avvocato riceve in pagamento una percentuale della somma ottenuta dal proprio assistito in esito alla sentenza di condanna del convenuto o a un accordo transattivo con il medesimo. Infine, in presenza di una *sliding percentage of recovery*, l'avvocato riceve in pagamento una percentuale della somma ricevuta dai propri assistiti, la quale, però, varia a seconda del momento del giudizio in cui il processo è transatto o comunque terminato con una condanna del convenuto al pagamento di una somma (il trascorrere del tempo comporta un incremento di suddetta percentuale).

[442] Questa la soluzione, ad esempio, introdotta in Canada, in particolare in Quebec e Ontario, e in Israele; in tal senso si veda R. Tornino, opera citata, pagine 265-268. In particolare, nell'ordinamento giuridico israeliano, il finanziamento da parte del fondo è limitato ad azioni di importanza pubblica e sociale e, peraltro, in relazione soltanto a class actions nell'ambito dei mercati finanziari. In Canada, invece, il fondo stipula un accordo con il percettore del finanziamento, ovviamente su sua richiesta, destinato a coprire le spese di consulente tecniche, l'onorario dell'avvocato e i costi del procedimento in generale, con esclusione di quelle della controparte. Il finanziato è tenuto a produrre relazioni periodiche sullo stato del processo e la documentazione contabile a giustificazione delle spese sostenute. Possiamo notare, quindi, che il fondo si atteggia a finanziatore passivo e silente. Soltanto in Quebec, però, il fondo, alimentato con un prelievo di somme, tra il 2 e il 10%, dal quantum liquidato nelle azioni seriali, ha effettivamente finanziato controversie seriali. In Ontario, di contro, l'esperienza è stata fallimentare. La ragione di ciò sembra potersi rinvenire nel meccanismo operativo dello stanziamento, posto che il fondo non anticipa le spese ma si limita a rimborsarle (peraltro, senza coprire l'onorario dell'avvocato). Sul sistema di finanziamento canadese si veda anche S. Voet, "*The crux of the matter: fungind and financing collective redress mechanism"* consultabile su: http://ssrn.com/abstract=2514521, 2015, pagina 11, il quale riporta come il fondo non adoperi particolari criteri nella selezione delle controversie.

[443] Sui quali S. Voet, opera citata pagine 13-14, il quale evidenzia come il servizio legale sia offerto da un avvocato *in-house* della compagnia assicuratrice e, con particolare riferimento alla sussistenza di più parti lese dallo stesso evento, richiama la decisione della Corte di Giustizia (C –199/08 *Eschig v UNIQA Sachversicherung*, 2009) sul divieto per l'assicuratore, in ossequio al principio della autonomia della parte, di riservarsi il diritto di selezionare il rappresentate legale per tutti gli assicurati. M. Steinitz & A. Field, opera citata, pagine 722-723, enucleano differenze e punti di contatto tra TPLF e LEI (*Legal Expenses Insurance*). In particolare, il finanziamento del terzo è di solito a beneficio del ricorrente, mentre all'assicurazione per le spese di giustizia riguarda il convenuto in giudizio. Nel primo tipo di operazione, poi, non è rilevabile una unicità di interessi agguagliabile a quella dell'accordo assicurativo, donde la surrogazione dell'assicuratore. In aggiunta, la LEI è sottoposta ad una regolazione positiva, a differenza del *third party litigation funding*. In entrambi gli schemi negoziali, però, si assiste ad una traslazione di un rischio da un soggetto ad un altro (finanziatore o assicuratore) e, sia nella fase transattiva sia nella scelta dell'avvocato, l'assicuratore esercita una influenza agguagliabile a quella del finanziatore. Sulle LEI si vedano anche M. Faure & J. De Mot, "*Comparing Third-Party Financing of Litigation and Legal Expenses Insurance*" in "*Journal of Law, Economica and Policy*", vol.8, n. 3, ottobre 2012, pagine 1-44 e, con precipuo riferimento all'interesse dell'assicuratore a una celere transazione, pagina 37. E suddetto interesse può estrinsecarsi in una influenza delle scelte dell'assicurato e in un monitoraggio dell'operato del legale rappresentante. Gli Autori, in particolare, riportano come, nonostante le normative nazionali dei vari Paesi UE non contengano una specifica disciplina su tale tipologia di assicurazione, la Direttiva CE del 22 giugno 1987, n. 87, contempla il ricorso a quest'ultima, imponendo, peraltro, all'impresa assicuratrice una gestione separata per la LEI e di non esautorare l'assicurato del diritto di scelta dell'avvocato. Il ricorso alla assicurazione contro le spese di giustizia risulta particolarmente diffuso nel Regno Unito e in Svezia (anche se qui il ricorso alla LEI è da riconnettere alla progressiva riduzione di risorse del *legal aid* e all'incorporazione della predetta nella assicurazione casa e famiglia), ancorché il primo Stato europeo ad aver introdotto tale tipo di assicurazione sia stato la Francia. Sul parallelismo tra crescita dell'impiego della LEI e tagli al *legal aid* C. Klein Haarhuis & B. Van Velthoven, "*Legal Aid and Legal Expenses Insurance, Complements or Substitutes? The Case of the Netherlands*", LEIDEN LAW SCHOOL, DEP'T OF ECON., 3, febbraio 2010; M. Solas, opera citata, pagina 199. M. Faure & J. De Mot, opera citata, pagine 19-29, a questo proposito, pur ammettendo che il ricorso alla LEI potrebbe risultare ridotto negli ordinamenti in cui sono ammissibili i patti di quota lite e in cui è previsto l'accesso al gratuito patrocinio, notano come, di conseguenza, la assicurazione contro le spese di giustizia dovrebbe essere diffusa in quei Paesi ove vige il divieto *dei contingency fees* e ove l'ingresso al gratuito patrocinio è spesso subordinato a stringenti requisiti (*id est* i Paesi UE). A tal proposito, dunque, gli Autori ritengono plausibile che la causa dello scarso ricorso alla LEI sia il *free rider problem* da parte dei soggetti non assicurati a seguito della esternalità positiva rappresentata dalla deterrenza, ovverosia dalla adozione di maggiori cautele da parte degli operatori economici.

disciplina normativa generale delle assicurazioni, consente una modulazione flessibile dell'operazione, potendo essere tali accordi stipulati prima dell'evento, ovverosia la possibile soccombenza processuale, oppure a seguito dello stesso. L'ostacolo applicativo principale, però, è la debenza di un premio da parte del soggetto interessato con cadenza periodica, a differenza, quindi, di quanto avviene nel *third party funding*, ove il finanziato non è tenuto ad alcun esborso immediato[444].

Per i patti di quota lite, invece, oltre a ostacoli di tipo normativo, essendo praticamente vietati in tutto lo spazio UE, si prospetterebbero pastoie anche di tipo socio-culturale. Manca, infatti, in Europa una concezione imprenditoriale della classe forense, la quale potrebbe certamente prospettare criticità in termini di tutela della posizione del cliente e di iniziative giudiziali eminentemente opportunistiche, miranti al profitto. D'altra parte, però, incentivare l'egoismo individuale degli avvocati consentirebbe di raccordare molto più velocemente pretese omogenee di modico valore, anche in un meccanismo adesivo di opt-in, specialmente se si consentisse agli studi legali e alle associazioni dei consumatori di innestare rapporti di cooperazione volti propri alla proposizione di azioni seriali[445].

La costituzione di un fondo pubblico di finanziamento consentirebbe, invece, la proponibilità

[444] M. Faure & J. De Mot, opera citata, pagine 34-40, sottolineano peraltro come sia il ricorso alla LEI che al TPLF determinerebbero un incremento del numero di controversie, poiché le pretese dei ricorrenti con ristrette risorse troverebbero una sponda giudiziale, prospettandosi così anche un effetto di deterrenza. Gli Autori, peraltro, rigettano la plausibilità della ricostruzione dei detrattori del TPLF, riferibile anche alla assicurazione per le spese di giustizia, sul rischio di un aumento della proposizione di cause frivole, poiché condotte di investimento di tal fatta condurrebbero soltanto a perdite e, in ultima istanza, alla fuoriuscita dal mercato, del finanziatore e dell'assicuratore. Ad ogni modo, le operazioni negoziali in parola sono precedute da un *merit test*. Ed invero, possiamo notare come i controlli effettuati dal terzo finanziatore e dall'assicuratore, prima della stipulazione del contratto, siano sovrapponibili, attenendo entrambi: alla tipologia e complessità della controversia, all'atteso ritorno economico, a ogni altra caratteristica precipua connessa al caso di specie rilevante ai fini della determinazione negoziale. Peraltro, è significativo evidenziare come il soggetto interessato ad un finanziamento dovrebbe impegnarsi a cooperare con il terzo finanziatore nella conduzione della causa, tenendolo informato sulla sua prosecuzione, e, prima ancora, assicurando una *disclosure* piena nei confronti del finanziatore di ogni informazione rilevante ai fini della decisone di finanziamento; per questi rilievi M. Steinitz & A. Field, "*A Model Litigation Finance Contract*" citata, pagine 733-735, 761. E proprio suddetti obblighi in capo al finanziato, tratteggiano un ulteriore punto di contatto con quelli dell'assicurato.

[445] Ci rendiamo conto che una tale relazione economica porrebbe problematiche in termini di conflitti di interessi e di titolarità del potere di gestire la controversia, come nel *third party funding*. Si assisterebbe, però, alla eliminazione di un fattore di rischio, ovverosia la presenza di un terzo in causa, poiché il rapporto sottostante sarebbe bilaterale. S.Voet, opera citata, pagine 9-10, nota come il problema del finanziamento della azione collettiva da parte di un avvocato sia il sorgere in capo a quest'ultimo di un interesse in causa, con conseguenti rischi di conflitti di interessi, anche in sede transattiva. Anche M. Steinitz & A. Field, "*A Model Litigation Finance Contract*" citata, pagine 736-739, evidenziano come un allineamento di interessi tra avvocato e terzo finanziatore nuocerebbe al finanziato, specialmente in sede transattiva, con il rischio di transazioni eccessivamente precoci. Ma potrebbe prospettarsi anche la situazione speculare, in cui il terzo propenda per un *settlement* più cospicuo, puntando quindi alla prosecuzione della controversia, mentre il finanziato sia intenzionato a ricevere il più velocemente possibile una somma in danaro. Peraltro, il conflitto di interessi tra finanziatore e finanziato potrebbe appalesarsi ove il primo si serva della pretesa del secondo, a vantaggio di altre pretese del proprio portfolio di investimenti (*id est* al fine di raggiungere un precedente giudiziale utilmente spendibile in altre controversie, con potenziale perdita, però, da parte del finanziato, di prospettive di *settlement*).

di azioni collettive non solo risarcitorie, ma anche di tipo inibitorio. Bisogna, però, dar conto delle inevitabili ristrettezze economiche che limiterebbero le potenzialità applicative di siffatto sostegno pubblicistico, nonché del rischio che la selezione delle controversie da finanziare avvenga attraverso la lente di interessi politici settoriali e contingenti, con conseguente asservimento a questi ultimi.

Sarebbe altresì possibile immaginare modulazioni diverse del *third party litigatin funding* con una incorporazione del terzo finanziatore nella struttura del finanziato o dello studio legale[446]. In tal modo, potrebbero ridursi i rischi di conflitti di interessi -ove finanziato e finanziatore formassero una joint venture- e i pericoli di violazione del segreto professionale da parte dell'avvocato, nel caso in cui l'investitore divenisse un partner dello studio legale. Nella prima delle due soluzioni, difatti, sarebbe la joint venture la parte del processo, consentendo al finanziato di non perdere il controllo sulla gestione della controversia. Persisterebbe, però, il rischio di una marginalizzazione del cliente nella fase della negoziazione e nel corso del giudizio[447]. Ove, invece, il terzo finanziatore fosse un partner dello studio legale sarebbe possibile il ricorso al finanziamento di iniziative giudiziali volte a ottenere rimedi non monetari, prospettandosi, peraltro, la responsabilità del legale quale clausola di salvaguardia contro eventuali abusi processuali da parte del terzo[448]. Di contro, è evidente che i rischi di condotte collusive tra avvocato e finanziatore, a detrimento degli interessi del cliente, sarebbero massicciamene agevolati. La soluzione, dunque, potrebbe essere l'introduzione di norme di condotte rivolte al terzo finanziatore, alla stregua del codice deontologico per la classe forense[449].

---

[446] In tal senso V. Sahani, "*Reshaping third-party funding*" citata, pagine 431-450, la quale, inoltre, opera citata, pagine 416-420, reputa plausibile che il finanziatore intrattenga una relazione commerciale con un dato studio legale, di modo da finanziare un insieme di cause del predetto, senza avere contatti con i clienti.

[447] Possiamo evidenziare, dunque, come la proposta ricostruzione potrebbe acuire e istituzionalizzare il controllo di tipo monopolistico del terzo sulla controversia e sulla pretesa fatta valere in giudizio. Peraltro, una joint venture di tal fatta mal si attaglia alle ipotesi in cui il finanziato non sia una impresa, bensì un consumatore in cerca di un rimedio giurisdizionale non monetario (*id est* azioni ingiuntive e dichiarative); in tal senso M. Steintz, "*Incorporating legal claims*" in *"Notre Dame L. Rev*.", 2015, pagine 1161-1162.

[448] Si consideri, ad ogni modo, che nella prassi le società finanziatrici sono composte anche da appartenenti alla classe forense.

[449] A questo riguardo, può ribadirsi come risulti imprescindibile un quadro normativo di base, concernente le operazioni di finanziamento e i requisiti soggettivi del finanziatore. Particolarmente significativa e pertinente la schematizzazione di un ipotetico contratto di finanziamento da parte di M. Steinitz & A. Field, "*A Model Litigation Finance Contract*" citata, pagine 757-762. In particolare, il finanziato assumerebbe gli obblighi di non incardinare una azione ovvero un procedimento arbitrale attinenti alla pretesa oggetto di finanziamento, su cui il terzo ha acquisto diritti di gestione processuale, e di non porre in essere comportamenti che potrebbero avere un impatto negativo sulla pretesa finanziata. Il soggetto finanziato dove quindi dichiarare di aver fornito informazioni corrette e complete al finanziatore prima della conclusione del contratto. Il soggetto recettore dei fondi, poi, in chiave cooperativa, assumerebbe altresì gli obblighi di comunicare al terzo l'intenzione di sostituire il legale rappresentante, di notificare la proposta transattiva ricevuta dalla

Una ulteriore valida alternativa all'istituto del *third party financing* potrebbe essere la cessione, dietro compenso, della pretesa risarcitoria da parte del soggetto danneggiato[450]. Quest'ultimo, così facendo, non dovrebbe attendere la conclusione di un processo, rifuggendo dunque dal rischio di soccombenza, e otterrebbe celermente una somma in danaro a titolo di corrispettivo, compensando celermente il pregiudizio subito[451]. La controversia verrebbe poi materialmente gestita dall'acquirente della pretesa, dotato di maggiori risorse economiche. Questi, alla stregua del terzo finanziatore, compie un investimento, assumendo un rischio connesso all'esito di un giudizio. Tali rapporti negoziali, infatti, sono contraddistinti da significativa aleatorietà[452], dal momento che oggetto di traslazione è un potenziale diritto a ottenere un risarcimento subordinatamente a una pronunzia giudiziale. Questa operazione cessoria, tra l'altro, potrebbe essere rimessa totalmente alla autonomia privata[453] ovvero potrebbe essere istituzionalizzata, mediante l'indizione di un'asta, da svolgersi innanzi ad una

controparte, di voler formulare una proposta di transazione. In questi casi, peraltro, il finanziato dovrebbe valutare le analisi del terzo sulla opportunità o meno di addivenire al *settlement*; su questo frangente, le Autrici, in virtù del preponderante controllo conferito al terzo, immaginano una riduzione della percentuale allo stesso spettante. D'altra parte, il finanziatore dovrebbe dichiarare di non aver avuto alcun rapporto economico e negoziale con il rappresentante legale del finanziato e con la controparte. Il predetto, inoltre, dovrebbe impegnarsi al mantenimento della riservatezza sulle informazioni personali e sensibili comunicategli dal cliente. Quest'ultima clausola di salvaguardia ricopre un ruolo di fondamentale importanza, posto che, in sua assenza, il terzo sarebbe libero di utilizzare, per profitto proprio o altrui, suddette informazioni ai danni del finanziato.

[450]T. W. Hill, "*Financing the class: Strengthening the class action through thidr-party investment*" citata, pagina 488, rimarca il fatto che il cliente non corra così i rischi propri di un giudizio. A. Pinna, opera citata, pagine 13-16, si spinge addirittura a sostenere che la cessione delle pretese risarcitorie potrebbe costituire una valida alternativa alla class action, dal momento che si prescinderebbe dai rigorosi requisiti della *certification* (ma ciò sarebbe valevole anche per quanto previsto in fase di ammissibilità per le azioni collettive e rappresentative), essendo il terzo acquirente a decidere se aggregare o meno le pretese. Sarebbe assicurata, poi, maggiore trasparenza, dacché il monitoraggio dell'operato dell'avvocato sarebbe compiuto dal terzo finanziatore e non dai componenti della classe. L'Autore, però, individua anche due svantaggi delle operazioni di acquisto delle pretese giudiziali rispetto alla class action, ovverosia la necessarietà di una manifestazione esplicita di volontà da parte di ogni potenziale danneggiato cedente e il potenziale ostacolo alla cessione rappresentato dalla prescrizione. A questo proposito, l'A. ipotizza quale soluzione la cedibilità della pretesa anche dopo la proposizione dell'azione giudiziale. Sulla potenzialità applicativa della vendita di una pretesa giudiziale ad un terzo nelle class actions si veda B. T. Fitzpatrick, "*Can and should the new third-party litigation financing come to class actions"* citata, pagina 110.

[451] M. B. Abramowicz, "*On the alienability of legal claims*" 114 Yale L.J. 697 (2005), pagine 66-67, 74, nota come una operazione di tal fatta non violerebbe le esigenze di giustizia correttiva, posto che la vittima verrebbe comunque compensata, alla stregua di ciò che avviene ove il convenuto si affidi ad un terzo (*id est* l'assicuratore) per sopportare i danni. E inoltre, un soggetto terzo, ancorché destinato a divenire parte, sarebbe probabilmente in grado di perseguire la controversia in modo più efficiente e distaccato.

[452] A, Pinna, opera citata, pagina 19, evidenzia il carattere speculativo dell'operazione di cessione, posto che l'acquirente, dotato di maggiori risorse economiche e di tempo rispetto al danneggiato, non vanta un diritto restitutorio nell'ipotesi di soccombenza in giudizio. Ovviamente, però, suddetto rischio si riflette sul prezzo di acquisto, da cui sono dedotti costi processuali e che deve rispecchiare proporzionalmente il pericolo di soccombenza.

[453] E difatti, la società belga Cartel damages claims opera proprio in questo modo, acquistando le pretese risarcitorie di soggetti danneggiati da cartelli tra imprese. In tal senso si veda L. Miccoli, "*Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova Direttiva 104/2014 e del D.LGS. 3/2017*" in "*Jus civile*", 2017, pagina 353 e ss.

autorità amministrativa o, più preferibilmente, giudiziaria[454]. Le operazioni contrattuali di cessione dei diritti ad agire in via risarcitoria presentano affinità, dunque, con la cessione di un credito futuro. I vantaggi conseguibili con codesto sistema di trasferimento, peraltro, non sarebbero limitati al soggetto cessionario. L'acquirente, difatti, potrebbe più agevolmente raccordare posizioni soggettive assimilabili e omogenee, incardinando anche differenti azioni[455]. Tuttavia, in considerazione della matrice rappresentativa delle azioni seriali prescelta dal legislatore UE, le prospettive di una implementazione dell'autonomia privata di tal fatta sono totalmente precluse. Preme precisare, però, come la cessione delle pretese risarcitorie potrebbe arginare le criticità che attanagliano il finanziamento del terzo, posto che non si presenterebbero rischi di conflitti di interessi pendente causa, dal momento che la gestione della controversia farebbe capo direttamente all'acquirente-investitore. In tal modo si eviterebbe una gestione surrettizia della causa da parte del finanziatore terzo. Il controllo sul corrispettivo della cessione, poi, sarebbe senz'altro più agevole rispetto allo scrutinio sulla percentuale del *quantum* eventualmente liquidato a termine del giudizio (ovvero delle somme transatte) richiesta dal terzo finanziatore al soggetto finanziato. Ovviamente permarrebbe un margine per condotte abusive da parte dell'investitore[456], il quale, ad esempio, potrebbe coltivare il proposito di sottostimare artificiosamente le prospettive di successo di una potenziale iniziativa giudiziale, allo scopo di imporre un esiguo corrispettivo per la cessione.

[454] Per questa proposta T. W. Hill, opera citata, pagine 509-520. In particolare l'A. prospetta, con riferimento al TPLF, la redazione di un memorandum da parte dello studio legale, indicante spese attese, prospettive di guadagno e una stima delle dimensioni dell'azione di classe da finanziare, da recapitare a potenziali terzi investitori. Questi, dopo aver effettuato dei controlli e dopo aver valutato tempistiche e rischi, formulerebbero un'offerta di finanziamento. Dovrebbe vincere l'offerta più bassa. In questo modo sarebbe possibile raggiungere una equa tariffa sul quantum liquidato. Il ricorso all'asta, però, potrebbe anche essere svolto al fine del *cash out*, ovverosia dell'acquisto della pretesa risarcitoria da parte di un terzo. L'Autore, peraltro, opera citata, pagine 520-523, esclude che il ricorso all'asta possa esser adeguato per la scelta del rappresentante legale della classe, posto che, si presenterebbero problemi sulla insufficienza di fondi (donde la necessità del ricorso al TPLF), di professionalità dell'avvocato (un'offerta bassa non equivale necessariamente a competenza), di svalutazione in termini monetari e di impegno nella elaborazione della strategia processuale dell'operato dell'avvocato.

[455] In tal modo, inoltre, si arginerebbe il problema di conflittualità di interessi in seno alla classe, con la conseguente necessità di costituire sottoclassi distinte. Sul fatto che la vendita di *claims* possa svolgere una funzione aggregante, propedeutica a una controversia di classe, M. B. Abramowicz, opera citata, pagine 8, 40-44, il quale sottolinea, peraltro, come tale alienazione risulti particolarmente opportuna proprio per gli *small claims* e avvantaggi anche il soggetto convenuto, che sarà chiamato a fronteggiare pretese affini in un unico giudizio.

[456] Al riguardo, infatti, bisogna notare come il costo della cessione possa essere particolarmente elevato, dacché comprensivo delle spese effettuate dal potenziale acquirente per sondare la fondatezza della pretesa, specialmente ove il soggetto potenzialmente danneggiato non detenga ogni informazione utile. Altro pericolo potrebbe essere quello di una compravendita della pretesa giudiziale al solo scopo di non procedere e non ottenere una decisione giudiziale; per tali rilievi M. B. Abramowicz, opera citata, pagine 46 e 54. Specularmente, però, è plausibile che l'acquisto di più pretese giudiziali venga effettuato da parte di un operatore economico interessato a sottoporre allo scrutinio giurisdizionale questioni giuridiche nuove ovvero a ribaltare orientamenti decisionali consolidati, con conseguente sviluppo del diritto vivente.

E tuttavia, in una operazione avente a oggetto la cessione di una pretesa giudiziale si potrebbe prospettare l'applicabilità di rimedi contrattuali, quali la riconduzione ad equità ovvero la rescissione per lesione. Sarebbe infatti più agevole individuare il prezzo della traslazione[457]. Si aggiunga che la cessione della pretesa giudiziale consentirebbe una maggiore salvaguardia della posizione del soggetto titolare della predetta, posto che il cedente, traslando la titolarità della pretesa, non correrebbe il rischio di veder lesionati i propri interessi in corso di causa o in seno a procedure transattive, evenienza, invece, altamente probabile nel *third party funding*[458].

In chiusura, si segnala l'adozione da parte del Parlamento europeo di una Risoluzione, in data 13 settembre 2022, dal titolo "*Responsable private funding of litigation*", finalizzata alla formulazione di una proposta di direttiva su norme minime in materia di finanziamento del terzo. Si tratta di un testo improntato a un approccio pragmatico consapevole dei rischi[459] e delle potenzialità delle operazioni di finanziamento in parola[460], a differenza della direttiva del 2020. Ed invero, sin dai paragrafi introduttivi della Risoluzione, il Parlamento fa riferimento alla possibilità del TPLF di costituire, se propriamente regolamentato, un

[457] Riteniamo infatti che le operazioni contrattuali traslative in parola consentirebbero maggiore trasparenza rispetto al finanziamento della controversia da parte di un terzo, risultando poi più agevole innestare obblighi di informazione precontrattuale.

[458] Inoltre, dal momento che con la cessione l'effetto traslativo si produrrebbe in un momento precipuo e in modo istantaneo, si arginerebbero le criticità legate alla potenziale instabilità del finanziamento del terzo. Quest'ultimo, atteggiandosi a rapporto di durata, potrebbe essere interessato dall'esercizio del diritto di recesso ovvero da una compromissione di una efficace conduzione della controversia, nell'evenienza di finanziamento circoscritto ad un solo grado di giudizio. In chiusura, proprio con riferimento alle problematiche di instabilità insite nelle operazioni di TPLF, riteniamo non meriti accoglimento la proposta di M. Steinitz & A. Field, opera citata, pagine 742-746, sulla potenziale applicabilità, seppur con esclusione delle ipotesi in cui i finanziati siano sprovvisti di risorse per l'accesso alla giustizia, del meccanismo dei *milestones,* afferente all'apporto di capitale di rischio (venture capital) da parte di un fondo di investimento nei confronti di startup. In concreto, l'operazione di stanziamento dei fondi si atteggia a *staged funding*, per cui, raggiunte determinate tappe e/o obiettivi (i *milestones* appunto), il finanziatore decide se uscire dall'investimento ovvero infondere risorse economiche aggiuntive. Indubitabilmente un tale schema di investimento conferirebbe maggiore flessibilità all'operazione, anche perché, ad ogni *milestone,* si svolgerebbe una vera e propria negoziazione/rinegoziazione, essendo, peraltro, così possibile intercettare in modo più preciso il rischio di soccombenza e determinare, di conseguenza, la tariffa spettante al finanziatore. È lampante, però, come ci si trovi dinnanzi ad una procedura altamente tecnica e farraginosa, con l'inevitabile rischio di una moltiplicazione di occasioni di contrasto tra le parti. Inoltre, non riscontrandosi di certo un obbligo di contrarre, quanto al più di contrattazione, la linfa economica che tiene in vita una controversia potrebbe comunque venir meno, gettando il finanziato nell'incertezza. È pur vero, però, che, nella fase di rinegoziazione, quest'ultimo potrebbe ricercare sul mercato fonti di finanziamento alternative (facoltà preclusa nella operazione tradizionale di TPLF).

[459] In particolare si fa riferimento al pericolo di approfittamento del terzo, a danno del cliente finanziato, e al rischio del forum shopping, quale precipitato di normative nazionali altamente differenziate tra loro, donde la proposta di una direttiva che contenga norme minime atte ad assicurare omogeneità in tutti i Paesi UE e trasparenza.

[460] Questa consapevolezza trae le fondamenta dallo studio "*EPRS Study (2021): Responsible private funding of litigation. Annex - State of play of the EU private litigation funding landscape and the current EU rules applicable to private litigation funding*". Esso testimonia che il tasso richiesto dai finanziatori in Europa si assesta tra il 20 e il 50% e che, allo stato attuale, nei Paesi membri, operano almeno 45 finanziatori. Le cause finanziate risultano essere azioni risarcitorie (in particolare quelle antitrust), procedure di insolvenza e arbitrati.

fondamentale strumento di accesso alla giustizia e di riequilibrio dei rapporti tra le parti, a iniziare dalla asimmetria economica[461]. È avvertita la necessità di costituire, negli Stati che decidono di introdurre una disciplina sul TPLF[462], autorità amministrative indipendenti di controllo, con il potere di riconoscere una autorizzazione ad operare sul mercato nella qualità di finanziatore delle controversie, così come di sospenderla o revocarla nell'evenienza di condotte antigiuridiche[463]. Viene poi considerata imprescindibile la garanzia della autonomia decisionale del soggetto finanziato[464], in ogni stadio della controversia e, specialmente, nella eventuale fase transattiva, dovendosi, dunque, evitare un controllo da parte del terzo[465]. V'è consapevolezza anche della necessità di limitare la facoltà di recesso o di revoca del finanziamento da parte del terzo a ipotesi eccezionali e predeterminate dalla legge (o dal diritto europeo)[466]. Il beneficiario dei fondi si troverebbe altrimenti abbandonato *pendente causa* e costretto a sostenere i costi processuali[467]. Significativi, poi, i riferimenti, dell'obbligo del finanziatore di agire nel rispetto della relazione fiduciaria con il cliente (art. 7 della

[461] Alle lettere c) e h) della introduzione, infatti, il Parlamento rimarca come i costi processuali nei Paesi UE potrebbero essere particolarmente elevati e, ancorché il TPLF non sia l'unico istituto atto a favorire l'accesso alla giustizia, sussistendo in tal senso il ricorso ai procedimenti di ADR, al *legal aid*, all'assicurazione per le spese di giustizia, non è detto che le alternative allo stesso siano sufficientemente efficaci.

[462] Possiamo quindi riscontrare un approccio regolativo più corretto da parte del Parlamento rispetto a quanto avvenuto nella direttiva 1828/2020, in ossequio al principio di autonomia procedurale dei Paesi membri. Ed invero, è verosimile che alla base della Risoluzione in parola vi sia la consapevolezza delle imprescindibili e preponderanti conseguenze processuali di una operazione di finanziamento della controversia da parte di un terzo.

[463] A livello operativo, tali autorità amministrative indipendenti dovrebbero vigilare su trasparenza, indipendenza e adeguatezza del capitale dei finanziatori. In tal senso gli organi pubblici di controllo dovrebbero essere dotati di poteri di applicare restrizioni, anche temporanee, e sanzioni pecuniarie, previe procedure investigative, che poi potrebbero sfociare nella sospensione ovvero nella revoca della autorizzazione. La Commissione dovrebbe avere il compito di coordinare le attività della autorità di controllo (così il considerando n. 17), sulla base delle comunicazioni da parte degli Stati UE dell'elenco dei finanziatori autorizzati (con indicazione di numero, identità e qualificazione giudica), delle modifiche allo stesso, del numero di procedimenti finanziati e delle loro risultanze (in termini l'art. 20 della proposta di direttiva).

[464] La Risoluzione sottolinea l'importanza dell'utilizzo di un linguaggio chiaro e comprensibile nel contratto, e di un controllo da parte dell'autorità giurisdizionale adita. In tal senso si propone di irreggimentare un onere di divulgazione, nei confronti della predetta autorità e del convenuto, della presenza di un patto di finanziamento e della identità del finanziatore. Suddetto onere è finalizzato a consentire un controllo sull'operazione negoziale, ove la stessa sia rilevante ai fini della controversia (*id est* per un potenziale conflitto di interessi o per condotte pregiudizievoli per il finanziato da parte del finanziatore), sulla tariffa richiesta dal terzo, la quale non può essere iniqua, sproporzionata né irragionevole (così il considerano n. 25) e, più in generale, sulla compatibilità del patto con il diritto europeo. Riteniamo, quindi, che sarebbe possibile immaginare la fissazione di una tariffa massima richiedibile, la quale, poi, può atteggiarsi ad una percentuale del quantum liquidato a favore del finanziato ovvero in una somma pari al rimborso dei fondi, con una maggiorazione nel caso di esito vittorioso della controversia (cioè di riuscita dell'investimento).

[465] La via scelta da parte del Parlamento, quindi, è quella del finanziamento passivo e non attivo.

[466] L'art. 15 della proposta di direttiva prevede infatti il divieto di scioglimento unilaterale del contratto su iniziativa del finanziatore senza il consenso del finanziato.

[467] In tal senso, posto che tale recesso potrebbe non scaturire da una condotta abusiva o opportunistica da parte del finanziatore, bensì dal sopravvenuto difetto delle risorse necessaire, uno dei criteri cui subordinare il rilascio della autorizzazione di cui sopra dovrebbe attenere al capitale disponibile.

proposta), e quindi nel migliore interesse di quest'ultimo[468], al dovere di dotarsi di procedure interne atte a prevenire e rimuovere i conflitti di interessi (art. 8)[469], e quello di dichiarare, nel contratto, di non aver alcun tipo di relazione, finanziaria o di altra natura, con le parti in causa e i rispettivi avvocati (art. 13).

Proprio nell'ottica di una regolamentazione minima delle operazioni di TPLF, l'art. 12 della proposta di direttiva, pur nel rispetto della autonomia negoziale, imporrebbe inderogabilmente di indicare, in un linguaggio chiaro e comprensibile, nel contratto: i costi coperti dal finanziatore e la quota del quantum a lui spettante; le precipue circostanze in cui è ammessa la risoluzione del contratto; la dichiarazione da parte del finanziatore di assenza di conflitti di interessi; la clausola per cui il risarcimento erogato a termine del giudizio o le somme transatte sono destinate al finanziato, il quale, poi, corrisponde al finanziatore quanto dovuto. Sono, infine, previsti dall'art. 14 della proposta di direttiva alcuni casi di invalidità dell'accordo, ovverosia ove lo stesso sia concluso con un soggetto non autorizzato alle operazioni di TPLF o se contenente clausole attributive al finanziatore del potere di influenzare le scelte del ricettore dei finanziamenti.

[468] Degna di nota è l'attenzione riservata alle ipotesi in cui ad agire sia un ente rappresentativo dei consumatori come nelle ipotesi della Direttiva 1828/2020, nel qual caso il dovere fiduciario, e dunque di cura degli interessi, riguarda i singoli soggetti rappresentati (in termini art. 7 della proposta di direttiva).

[469] Tali meccanismi di garanzia, peraltro, dovrebbero essere pubblicati sul sito web del soggetto finanziatore.

CAPITOLO III: IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA IN ITALIA ED IL COORDINAMENTO CON LA DISCIPLINA DEL CODICE DI PROCEDURA CIVILE.

Sommario

1 Il decreto di recepimento. - 1.1 Legittimazione ad agire. - 1.2 Fase introduttiva e giudizio di ammissibilità. – 1.3 Provvedimenti inibitori e compensativi. - 1.4 Accordi di natura transattiva. - 1.5 Trasparenza e misure di coercizione indiretta. – 1.6 Prescrizione e spese processuali. 2 Il coordinamento tra azioni rappresentative e azioni di classi. 3 I nodi irrisolti. -3.1 L'omogeneità dei diritti individuali - 3.2 Il sistema di adesione e l'aderente. -3.3 La sentenza di accoglimento e l'accertamento dei diritti dei singoli aderenti. - 3.4 L'ordine di esibizione delle prove. - 3.5 Le decisioni definitive delle *Authorities*. 3.6 Gli accordi di natura transattiva. 3.7 L'azione inibitoria collettiva *ex* art. 840-sexiesdecies.

1 Il decreto di recepimento.

Il recepimento nell'ordinamento giuridico nazionale della direttiva UE 1828/2020 è avvenuto a mezzo del Decreto legislativo 10 marzo 2023, n. 28, recante modifiche al Codice del consumo, all'interno del quale è stato innestato un insieme di disposizioni (artt. 140-ter-140-quaterdecies) destinate a ospitare la disciplina settoriale delle azioni rappresentative[470]. La scelta di limitare l'ambito applicativo dello strumento processuale in esame in base alla qualificazione soggettiva di consumatore, ancorché promanante dal diritto europeo, si configura, nell'ambito del diritto municipale, come una regressione in termini di effettività della tutela giurisdizionale. Ed invero, posto che la direttiva del 2020 consentiva agli Stati membri di mantenere, affianco alle neointrodotte azioni rappresentative a tutela dei consumatori, meccanismi di tutela aggregati (*id est* azioni di classe, azioni collettive, azioni di gruppo) e considerata la preesistenza nel sistema processuale italiano di questi ultimi, sarebbe stato lecito attendersi quantomeno un coordinamento della normativa oggetto di recepimento e la disciplina delle azioni di classe[471]. In realtà, sarebbe stato opportuno effettuare un ulteriore innesto di disposizioni in seno al codice di rito[472] al fine di consentire

[470] Condivisibile era la prospettazione di R. Caponi, "*Ultime dall'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il Dieselgate*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagine 332 e 335, in merito alla opportunità della dilazione della entrata in vigore della riforma del 2019, al fine di recepire la Direttiva del 2020, il cui impianto è in parte criticato dall'A., stante il paradossale timore del Parlamento europeo in merito alla creazione di incentivi per azioni di classe futili, quando, in realtà, la problematica in Europa è esattamente l'opposta.

[471] Operazione, questa, possibile in considerazione della rubrica del Titolo VIII-bis del Libro IV del codice di procedura civile ("Dei procedimenti collettivi").

[472] Sulla non occorrenza di una modifica della disciplina processuale delle azioni di classe al fine di recepire la direttiva, posto che si tratta di strumenti processuali atti a intercettare differenti tipi di interessi, E. Camilleri, "*La Dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il sistema delle prove. La promozione dell'interesse pubblico attraverso la*

un coordinamento sistematico tra gli strumenti di tutela[473]. E ciò alla luce della natura delle azioni di classe e delle azioni rappresentative, riconducibili entrambe alla tutela giurisdizionale aggregata, poi esplicantesi in differenti modulazioni, nonché in considerazione dei molteplici rinvii in blocco effettuati dalle nuove disposizioni del codice del consumo alle norme processuali. Di qui la sopradetta regressione in termini di tutela. Pur avendo il legislatore europeo optato per un ambito applicativo ristretto della disciplina delle azioni rappresentative, non sussisteva in capo al legislatore nazionale alcun divieto circa la estendibilità, se non della legittimazione ad agire, della pozione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio. La implementazione di azioni di tipo rappresentativo anche a tutela di piccole e medie imprese[474], infatti, non avrebbe di certo compromesso l'effettivo e pieno recepimento nazionale della direttiva UE. Preso atto della scelta di assoluta e piana conformazione a quest'ultima[475] da parte del legislatore nazionale, occorre analizzare lo scarno e incompleto contenuto del decreto di recepimento.

L'art. 140-ter mira a delimitare l'ambito applicativo, soggettivo e oggettivo, della disciplina recepita, riportando le definizioni contenute nell'art. 3 della direttiva 1828/2020. In particolare, per la qualificazione giuridica di consumatore la norma rinvia all'art. 3 del codice del consumo, mentre il professionista viene identificato come qualsiasi persona fisica o

tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di enforcement?" citata, pagina 1086. Sulla non sovrapponibilità della disciplina delle azioni rappresentative e di quella delle azioni di classe M. Bona, "*La direttiva UE/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori*" citata, pagina 262. M. De Cristofaro, "*Azioni rappresentative e tutela dei consumatori. La lunga marcia che ha condotto all'approvazione della Dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*" citata, pagina 1022, riteneva come plausibili sia una modifica del codice di rito sia l'emanazione di un testo unico.

[473] E. Camilleri, "*L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Il rilievo delle decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali. Spunti all'arret Repsol*" in "*NLCC*" 2024, pagina 444, invece, non qualifica come negativa la scelta del legislatore italiano di creare un doppio binario di tutela collettiva (*id est* azioni di classe e azioni rappresentative), quanto piuttosto il fatto che suddetta differenziazione di tutela non si attagli alla tipologia di interesse da proteggere, bensì esclusivamente alla qualificazione consumeristica. L'A. nota poi come in Germania e Spagna si sia optato (in modo coerente e assennato, aggiungiamo) per racchiudere i meccanismi di tutela aggregata in un unico testo normativo.

[474] Di più: sempre in linea con l'impianto ampio, accogliente e generale della tutela offerta dal codice di rito, fermo restando il meccanismo rappresentativo prescelto dal legislatore europeo, sarebbe stato possibile immaginare il riconoscimento della legittimazione ad agire ad associazioni rappresentative di professionisti e ordini professionali.

[475] Per la verità, come spesso avviene, il recepimento nazionale si configura come acritico e privo di una elaborazione volta a calare un istituto di matrice europea nell'impianto processuale nazionale. Al riguardo basti osservare la disciplina sul finanziamento della controversia da parte del terzo e sui requisiti necessari all'ottenimento da parte di un ente del riconoscimento pubblicistico. Di trasposizione letterale acritica, con sterilizzazione delle potenzialità della direttiva, parla E. Camilleri, "*L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Il rilievo delle decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali. Spunti all'arret Repsol*", in "NLCC", 2024, pagina 443. E allora, proprio in considerazione dell'occorrenza di un coordinamento con la disciplina interna preesistente -non potendosi di certo considerare come tale il mero e passivo rinvio agli artt. 840-ter e seguenti del codice di rito-, sarebbe stato più opportuno modificare la normativa processuale conformemente alla direttiva o, comunque, affiancare alla stessa una legittimazione di tipo rappresentativo di enti e associazioni. Questo, ovviamente, ove il legislatore avesse deciso di non limitare l'ambito di applicazione della tutela al solo diritto consumeristico.

giuridica che agisce, anche tramite un altro soggetto che opera in suo nome o per suo conto, per fini relativi alla propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale, a prescindere dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato[476]. Con riguardo alla posizione giuridica fatta valere in giudizio, il legislatore nazionale riproduce la lacunosa nozione di interessi collettivi dei consumatori di cui alla direttiva. Essi sono definiti come interessi di un numero di consumatori che sono stati o potrebbero essere danneggiati da una violazione delle disposizioni di cui all'allegato II-septies[477]. Può notarsi come manchi una determinazione quantitativa, che sarebbe stato lecito attendersi visto l'utilizzo del termine "numero" e non di una espressione più ampia e indeterminata, come ad esempio "insieme e/o gruppo di consumatori", la quale sarebbe stata in linea con la vacuità della predetta definizione[478]. Il fatto, poi, che non sia specificata la coloritura di tali interessi collima con la varietà di posizioni giuridiche soggettive, di tipo contrattuale ed extracontrattuale, enucleate nell'allegato citato.

Nella disciplina delle azioni rappresentative, poi, un ruolo di primo piano è ricoperto dagli enti legittimati, ovverosia quegli enti con i requisiti di cui all'art. 140-quater cod. consumo e quelli iscritti all'elenco elaborato e pubblicato dalla Commissione europea ai sensi dell'articolo 5 della direttiva 2020/1828[479]. In concreto, risultano legittimati a esperire azioni

[476] Si tratta di una definizione raccostabile al disposto dell'art. 3 cod. consumo lettera c), con l'elemento aggiuntivo, di matrice europea, della irrilevanza della matrice pubblicistica o privata del soggetto. Sul restringimento della legittimazione passiva nel presente decreto A. Di Landro, ultima opera citata, pagina 993. Opportuno è anche richiamare le considerazioni di E. Minervini, "*La tutela collettiva dei consumatori e la L. n. 12 aprile 219, n. 31*" in "*NLCC*" 2/2020, pagina 354, sul deficit di tutela della disciplina del 2019 a causa del restringimento della legittimazione passiva: ancorché l'A. si riferisse alla tutela inibitoria collettiva, tale limite operativo attiene anche all'azione di classe e, oggi, alle azioni rappresentative di tipo compensativo.

[477] Allegato che, parallelamente a quanto avviene in seno alla direttiva UE, enuclea i molteplici settori normativi la cui violazione legittima l'esperimento di azioni rappresentative. Di "declinazione slargata" con riferimento all'ambito applicativo della direttiva UE parla A. Di Landro, "*Le azioni rappresentative a tutela dei consumatori nell'ambito del New Deal for Consumer. Alcune riflessioni*" in "*Juscivile*", 2023, 5, pagina 987. L'A., inoltre, critica l'ampia discrezionalità concessa dall'atto normativo UE agli Stati membri, nonostante il prefissato obiettivo di evitare la frammentazione della disciplina tra i diversi ordinamenti giuridici, unitamente al mancato rispetto della ripartizione tra competenze del diritto europeo (*id est* individuazione delle situazioni soggettive da tutelare) e del diritto processuale nazionale (deputato all'individuazione delle garanzie processuali).

[478] Neppure la relazione illustrativa al decreto, tra l'altro, offre chiarificazioni sulla portata concreta di codesti interessi collettivi.

[479] A. Di Landro, ultima opera citata, pagine 990-995, evidenzia come l'attribuzione della legittimazione ad agire ad enti consenta di superare gli ostacoli che i singoli consumatori sono chiamati ad affrontare per accedere alla tutela giudiziale, ovverosia spese elevate, rischi e incertezze connessi alla controversia e al processo, rendendo il saldo tra benefici e costi di segno negativo. Di contro però, l'A. nota come la direttiva all'art 7, comma 6, imponesse agli Stati membri di riconoscere a suddetti enti designati diritti e obblighi propri di una parte ricorrente. Circostanza, però, non attuabile nel nostro ordinamento stante il rinvio alla disciplina delle azioni di classe, ove il proponente, a seguito della sentenza di accoglimento, esce di scena per lasciare il posto al rappresentante comune degli aderenti. Inoltre, il processo civile italiano ha una scarsa versatilità per accogliere la tutela degli interessi di gruppi. Ed invero, la tutela immaginata dal legislatore europeo e poi recepita nel nostro ordinamento sembra discostarsi dall'azione di classe e avvicinarsi maggiormente alle azioni di gruppo tedesche. Proprio con riguardo al ruolo del ricorrente si prospetta un'altra criticità di regolamentazione.

rappresentative nazionali gli enti legittimati presso altri Stati UE, di cui il sopramenzionato elenco della Commissione riporta nome e oggetto sociale.

L'azione rappresentativa intentata da un ente legittimato per conto dei consumatori[480], può essere preordinata ad ottenere provvedimenti compensativi[481] ovvero inibitori[482]. Le definizioni di azione rappresentativa nazionale e transfrontaliera riproducono fedelmente quelle contenute nella direttiva UE. Il criterio qualificatore è quello del Paese ove l'ente ha ottenuto la legittimazione ad agire in via rappresentativa. A livello municipale, dunque, una iniziativa giudiziaria è nazionale se incardinata innanzi al giudice italiano da un'associazione inserita nell'elenco di cui all'articolo 137 ovvero da organismi pubblici indipendenti nazionali[483]. Quella transfrontaliera, invece, è un'azione promossa innanzi al giudice italiano da enti legittimati di altri Stati membri ovvero un'azione intentata in un altro Stato membro da un ente legittimato ai sensi dell'articolo 140-quinquies (cioè legittimato in Italia).

Sul piano oggettivo, sono denunziabili con una azione rappresentativa le violazioni delle disposizioni di cui all'allegato II-septies, a condizione che ledano o possano ledere gli interessi

---

Il presente decreto non rinvia alle disposizioni processuali incentrate sulla figura del rappresentante comune degli aderenti, senza però disporre che le funzioni rappresentative di questi siano svolte dall'ente ricorrente. Si viene a creare, dunque, un vuoto nella direzione e gestione della fase di accertamento dei diritti dei singoli aderenti, la quale, a prescinde dalla natura rappresentativa delle azioni prescelta dal legislatore europeo, costituisce il cardine di ogni giudizio compensativo.

[480] Il fatto che l'azione non sia intentata a nome dei consumatori è la conseguenza della posizione soggettiva dedotta in giudizio e implica, inoltre, che la legittimazione dell'ente sia propria e non straordinaria. Riteniamo, quindi, che, a differenza di quanto avviene nell'alveo della azione di classe di cui al codice di rito, non occorra l'individuazione nominativa dei singoli consumatori potenzialmente lesi.

[481] Sorprende la sensibilità tecnico-giuridica, visto il tenore complessivo del decreto, con cui il legislatore ha raccordato la pletora di provvedimenti richiedibili per rimediare ai pregiudizi arrecati ai consumatori. L'espressione "provvedimenti risarcitori", infatti, non avrebbe consentito di ricomprendere gli ulteriori rimedi contemplati dalla direttiva, ovverosia: il pagamento di una somma di danaro, la riparazione e/o la sostituzione, la riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto o il rimborso del prezzo pagato. E tuttavia, non può non evidenziarsi come sarebbe stato opportuno focalizzare l'attenzione anche sulle modalità di risarcimento del danno, prevedendo, ad esempio, l'irreggimentazione di un criterio di quantificazione di tipo equitativo, posto il carattere plurioffensivo delle condotte contrastate con le azioni rappresentative. La quasi totalità dei rimedi sopramenzionati, infatti, attiene a illeciti di tipo contrattuale. Sul punto, nella Relazione illustrativa, pagina 3, è spiegato l'utilizzo di questa espressione, poiché i rimedi contemplati dalla direttiva non erano pienamente sussumibili nella nozione di provvedimenti risarcitori né in quella di indennizzo.

[482] Per provvedimento inibitorio si intende l'ordine giudiziale di cessazione di una condotta omissiva o commissiva posta in essere in violazione delle disposizioni di cui all'allegato II-septies e l'ordine di pubblicazione del provvedimento (integralmente o per estratto) su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale. A riprova della assenza di qualsivoglia afflato di coordinamento sistematico con la disciplina della azione inibitoria collettiva di cui all'art. 840-sexiesdecies c.p.c., il legislatore non ha tentato di sfruttare il portale telematico istituito dalla legge n. 31/2019.

[483] Il riconoscimento di suddetta legittimazione anche ad autorità amministrative indipendenti, oltre che a risultare di improbabile applicazione concreta in assenza di un alleggerimento delle funzioni istituzionali delle predette e di un aumento delle risorse (non contemplato dal decreto di recepimento), pone seri problemi in termini di imparzialità. Un organismo pubblico, che potrebbe già aver irrogato una sanzione amministrativa a carico di un professionista, sarebbe poi autorizzato ad agire nei confronti dello stesso in sede di *private enforcement*. C. Di Landro, "*Le azioni rappresentative a tutela dei consumaotri nell'ambtio del New Deal for Consumer. Alcune riflessioni*" in "*Juscivile*", 2023, 5, pagina 992, evidenzia la sussistenza di un palese conflitto di interessi, posto che gli organismi pubblici in parola potrebbero irrogare sanzioni amministrative a carico di un professionista e poi agire in giudizio contro lo stesso in sede rappresentativa.

collettivi dei consumatori. Si nota con rammarico il fatto che il legislatore nazionale, per pigrizia e imperizia, non ha usufruito del margine di discrezionalità lasciato dalla direttiva UE, al considerando n. 18, agli Stati membri, sulla possibilità di estendere l'ambito applicativo delle azioni rappresentative a ulteriori settori normativi. In tal senso, dunque, può senz'altro parlarsi di regressione di tutela, posto che il legislatore nazionale avrebbe ben potuto (o meglio, dovuto, per esigenze di coerenza sistematica ed effettività di tutela) seguire il percorso normativo tracciato dalla legge n. 31/2019. Questa, partendo da istituti previsti per le azioni risarcitorie a seguito della violazione del diritto della concorrenza (di cui al d.lgs. 3/2017), ha avviato una generalizzazione applicativa degli stessi[484]. E proprio tale punto di congiunzione tra normative affini risulta totalmente assente nella direttiva ma soprattutto nel decreto di recepimento del 2023. Mancanza, quest'ultima, ancora più grave perché la sopradetta attività di ampliamento operativo di istituti di matrice antitrust[485] ha trovato dimora nell'ordinamento giuridico italiano (*id est* nella legge n. 31/2019), prima ancora che in quello eurounitario. Difficilmente comprensibile poi, oltre che limitante in termini di tutela, il divieto per gli enti legittimati di agire con l'azione di classe di cui al codice di rito "nel caso previsto dal primo periodo" (e cioè per tutte le violazioni delle normative di cui all'allegato II-septies). Fortunatamente, però, rimangono salvi i rimedi contrattuali ed extracontrattuali previsti in favore dei consumatori, i quali, quindi, con buona pace delle limitanti intenzioni del legislatore, possono comunque esperire una azione di classe.

1.1 Legittimazione ad agire.

L'art. 140-quater attribuisce in via esclusiva la legittimazione ad esperire azioni rappresentative ad associazioni di consumatori e utenti inserite nell'elenco di cui all'art. 137 cod. consumo e agli enti designati in un altro Stato UE, nonché agli organismi pubblici indipendenti nazionali che presentino richiesta di legittimazione[486]. Quest'ultimo inciso, oltre

[484] In particolare, A. Saija, "*La distinzione tra public e private enforcement del diritto antitrust*" in "*Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII convegno antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019*" a cura di G. A. Benacchio, M. Carpagnano, 2019, pagine 123 e 129, richiama gli istituti della esibizione probatoria e dell'effetto vincolante di decisioni pubblicistiche accertanti un illecito come effetti di tale generalizzazione.

[485] La valenza probatoria di una decisone definitiva di una autorità amministrativa indipendente attestante una condotta illecita, l'esibizione probatoria e le sanzioni pecuniarie per l'inosservanza della stessa.

[486] E. Camilleri, "*L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio"* citata, pagine 440-441, parla di accesso alla giustizia "mediato" e di secondo livello. L'A. parla di accesso mediato e di "appannamento dell'*access to justice*" anche con riferimento alla valenza riconosciuta dal legislatore europeo ai provvedimenti definitivi

a prospettare la criticità di cui sopra in punto di imparzialità e indipendenza, appare davvero illogico. Posto che il legislatore europeo, incautamente, ha attribuito la legittimazione ad agire anche ad organismi pubblici nazionali, non si comprende come questi ultimi abbiano l'onere di presentare apposita istanza di legittimazione, alla stregua di ogni altro ente di diritto privato. Pur volendo tralasciare la inconcepibile parificazione tra enti di matrice privata ed enti dotati di poteri ispettivi, di vigilanza e sanzionatori, si pongono inevitabilmente ostacoli al livello di tutela predisposto dal legislatore europeo[487].

Unitamente agli enti nazionali, sono legittimati ad agire anche quelli autorizzati a proporre azioni transfrontaliere. Per questi ultimi, l'art. 140-quinquies prevede la costituzione di una apposita sezione in seno all'elenco di cui all'art. 137 cod. consumo, cui possono iscriversi enti richiedenti e, ovviamente, le associazioni già iscritte nella sezione "ordinaria" di cui all'art. 137 cod. consumo. E per la designazione di un ente quale legittimato alla proposizione delle azioni transfrontaliere il legislatore nazionale ha recepito i requisiti richiesti dall'art. 4 della direttiva UE. In particolare occorrono: a) la costituzione, per atto pubblico ovvero scrittura privata autenticata, e la dimostrazione dello svolgimento di attività pubblica ed effettiva a tutela degli interessi dei consumatori nei dodici mesi antecedenti alla formulazione della richiesta di legittimazione; b) la previsione, in seno allo statuto, della tutela dei consumatori (o meglio, degli interessi collettivi dei consumatori), in una delle materie di cui all'allegato II-septies, quale scopo dell'ente, nonché il carattere non lucrativo di quest'ultimo; c) il non essere assoggettati a procedure di insolvenza; d) la previsione statutaria di regole concernenti cause di incompatibilità inerenti ai rappresentanti legali idonee ad assicurare l'indipendenza dell'associazione e l'assenza di qualsivoglia condizionamento da parte di "persone diverse dai consumatori", specialmente da professionisti con un interesse economico a intentare azioni rappresentative. Lo statuto dell'ente richiedente deve poi contenere non meglio precisate misure atte a prevenire e risolvere conflitti di interesse tra associazione, finanziatori e interessi dei consumatori. È altresì richiesta (lettera d art. 140-quinquies) la

delle autorità amministrative, il ricorso alle quali sembrerebbe atteggiarsi a filtro di accesso alla tutela giurisdizionale, ciò a fini deflativi. Scenario, questo, che secondo l'A. rischia, da una parte, di mettere a repentaglio il primato della giurisdizione, con la nascita di provvedimenti amministrativi intesi come surrogati di decisioni giudiziali. D'altra parte, però, devono sottolinearsi anche le crescenti garanzie del contraddittorio in seno al procedimento amministrativo.

[487] Si aggiunga che la deprivazione di imparzialità e indipendenza nell'esercizio delle funzioni da parte delle autorità amministrative indipendenti viene, sul frangente della *legitimatio ad causam*, reiterata e portata alle estreme conseguenze. E infatti la designazione quale organo legittimato ad agire in via rappresentativa (atto pubblicistico) promana dal Ministro, potendosi configurare, dunque, una inammissibile subordinazione politica.

nomina di un organo interno di controllo[488], preposto a vigilare sul rispetto delle predette misure e, in generale, dell'indipendenza dell'ente[489]. Si richiede, poi, all'ente di pubblicare sul proprio sito web e con altri mezzi: lo statuto; una sintetica descrizione dell'attività svolta in un linguaggio chiaro, semplice e comprensibile[490]; le informazioni sulle proprie fonti di finanziamento.

Si tratta di requisiti che riprendono quasi pedissequamente la formulazione dell'art. 4 della direttiva. E, posto che il legislatore nazionale non ha effettuato alcun tipo di rielaborazione di quest'ultima norma, non si comprende perché, tra le informazioni che l'ente richiedente è tenuto a divulgare, non siano stati inclusi anche dati informativi su struttura organizzativa, gestionale e partecipativa (così art. 4 paragrafo 2 lettera f Direttiva). Il decreto legislativa delega poi al Ministro delle imprese e del made in Italy il compito di stabilire le procedure per presentare una istanza di designazione, con l'indicazione dei documenti necessari ad attestare il possesso dei requisiti richiesti dalla norma, nonché le modalità di pubblicazione dell'elenco degli enti legittimati ad azioni rappresentative transfrontaliere.

Con riferimento ai requisiti sopraesposti si prospettano alcune criticità. Anzitutto, il legislatore italiano si è limitato a recepire il contenuto della direttiva in modo assolutamente passivo, non sfruttando il margine di discrezionalità dalla stessa lasciato agli Stati membri con riferimento alla possibilità di consentire ad enti legittimati ad hoc di intentare una precipua azione rappresentativa nazionale (art. 4 paragrafo 6), pur sempre nel rispetto dei requisiti richiesti ai fini della designazione. Ed invero, consentire una deroga al requisito della obbligatorietà dei dodici mesi di attività, in presenza di illeciti di massa particolarmente gravi o produttivi di danni diffusi capillarmente sul mercato, sarebbe stato assolutamente ragionevole. Ciò avrebbe altresì permesso di rifuggire da derive formalistiche, capaci di ingessare (o perfino frustrare) l'esperimento di azioni rappresentative.

Tuttavia, la criticità più lampante si rinviene con riferimento al richiamo alle associazioni iscritte all'elenco di cui all'art. 137 cod. consumo[491]. Posto che doveva prospettarsi un

[488] Fortunatamente, il legislatore ha previsto l'applicabilità, nei limiti della compatibilità, dell'art. 30 del d.lgs. 117/2017 (Codice del Terzo settore), commi 5, 6, 7, 8, sì da scongiurare la totale vacuità della previsione in parola.

[489] La Relazione illustrativa, pagina 7, precisa che suddette misure devono essere enucleate nello statuto dell'ente.

[490] Requisito, questo, pensato a tutela dei consumatori. Ed invero, in un'ottica di trasparenza, la suesposta descrizione deve contenere informazioni su costituzione dell'ente, oggetto sociale ed attività svolta a tutela degli interessi dei consumatori, con la dichiarazione di esser iscritti all'elenco di cui all'art. 137 cod. consumo, di non essere sottoposti a procedure di regolazione di insolvenza e di essere indipendenti.

[491] Bisogna, però, notare come il legislatore del 2023 si sia quantomeno ricordato dell'elenco in parola, a differenza di quanto avvenuto con la legge n. 31/2019 sulle azioni di classe. Sul mancato coordinamento tra il nuovo elenco e quello

automatico riconoscimento in capo a queste associazioni consumeristiche della legittimazione in via rappresentativa, sul presupposto dello svolgimento di una attività chiaramente a tutela dei consumatori, si configura come problematico il mancato coordinamento dei requisiti richiesti dalle due norme. Ed invero l'art. 137 cod. consumo prescrive: che l'ente, senza fine di lucro e avente quale scopo esclusivo la tutela di consumatori e utenti, provi di essere stato costituito da almeno tre anni (lettera a)[492]; la tenuta di un elenco degli iscritti, da aggiornare annualmente, con l'indicazione delle quote versate per gli scopi statutari (lettera b); l'elaborazione di un bilancio annuale di entrate e uscite, indicante le quote versate dagli iscritti e la tenuta delle scritture contabili, secondo le disposizioni previste per le associazioni non riconosciute (lettera d); lo svolgimento di una attività continuativa nei tre anni precedenti (lettera e)[493]. Si richiede altresì che i rappresentanti legali della associazione non abbiano riportato condanna irrevocabile in relazione alla attività della associazione e che non siano imprenditori ovvero amministratori di imprese di produzione di beni e/o servizi nei medesimi settori in cui opera l'ente (lettera f). Tuttavia, il requisito che pone maggiori dubbi in punto di compatibilità con la normativa europea, incidendo sulla effettività della tutela e sulla concreta possibilità che siano incardinate azioni rappresentative, è contenuta nella lettera c) dell'art. 137. È necessario un numero di iscritti non inferiore allo 0,5 per mille della popolazione nazionale e la presenza sul territorio in almeno cinque regioni o province autonome (con un numero di iscritti non inferiore alla 0,2 per mille degli abitanti di ciascuna di esse)[494]. Si aggiunga che, unitamente al predetto e ingombrante ostacolo in termini di accesso alla giustizia, si prospetta un ulteriore inconveniente, riconducibile ad una imprecisione tecnico-giuridica della direttiva UE, ignorata da parte del legislatore nazionale. I requisiti del numero di iscritti e della presenza sul territorio, difatti, collidono con la tipologia di provvedimenti compensativi che possono chiedersi in giudizio, i quali presuppongono inevitabilmente, a prescindere dallo strumento della azione rappresentativa prescelto a livello

di enti rappresentativi già iscritti si veda P. Fiorio ne "*La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*", 2019, consultabile sul sito "*IlCaso.it*", pagina 15.

[492] Il riferimento alla esclusività dello scopo, non figurante nella direttiva, è già di per sé limitante. Ancora più gravosa, poi, l'obbligatorietà della avvenuta costituzione da almeno tra anni, posto che, più opportunamente, la normativa europea qualifica come necessario non un termine agganciato alla costituzione dell'ente richiedente, bensì dell'attività.

[493] Vale quanto detto nella nota 13 *supra*.

[494] La criticità cennata in punto di differenziazione dei requisiti propedeutici all'ottenimento della designazione ad agire da parte di associazioni e organizzazioni nazionali si prospetta anche prendendo in considerazione quanto previsto dalla Relazione illustrativa. Quest'ultima, infatti, si limita a richiedere un elevato grado di rappresentatività degli interessi collettivi consumeristici da parte degli enti, i quali devono essere in grado di curare e rappresentare in modo effettivo ed efficace le ragioni dei consumatori. Ora, pur volendo tralasciare la previsione di requisiti decisamente più rigorosi con riferimento alle azioni rappresentative di respiro nazionale, sarebbe stato opportuno ridisegnare suddetti requisiti legali.

europeo, che siano dedotte posizioni giuridiche individuali qualificabili come diritti individuali, ovviamente omogenei e seriali. E allora, preso atto della pochezza e del timore disciplinatore del legislatore comunitario[495], spettava a quello nazionale il compito di innestare una differenziazione tra azione rappresentativa compensativa e azione rappresentativa inibitoria in punto di posizione giuridica soggettiva. Ad ogni modo, si prospetta il rischio di una agevolazione delle azioni transfrontaliere a detrimento di quelle nazionali. Per quanto la direttiva UE persegua la collaborazione tra gli Stati membri e tra gli enti rappresentanti gli interessi di consumatori di differenti Paesi, e sebbene tale disallineamento dei requisiti potrebbe essere stato scientemente pensato per ridurre il carico di lavoro sulla macchina processuale nazionale, risulta davvero di difficile comprendere le ragioni di una compressione delle prospettive di azioni rappresentative di respiro municipale rispetto a quelle transnazionali[496].

L'art. 140-sexies, poi, onera il Ministero delle imprese e del made in Italy della comunicazione, entro il 26 dicembre 2023, alla Commissione europea dell'elenco degli enti legittimati a esperire le azioni rappresentative, nazionali e transazionali, con l'indicazione anche di denominazione e oggetto sociale. La norma prevede altresì che il predetto Ministero renda pubblico l'elenco sul proprio sito web istituzionale, anch'esso da comunicare alla Commissione. Al fine di assicurare che gli enti iscritti mantengano nel tempo i requisiti previsti dalla legge, Il Ministero delle imprese e del made in Italy deve verificare, almeno ogni cinque anni, la persistenza degli stessi, disponendo la cancellazione di quegli enti che non ne risultino più in possesso[497]. Il Ministero deve verificare altresì la fondatezza delle riserve eventualmente sollevate da parte della Commissione o di un altro Stato membro sul possesso da parte dell'ente legittimato ad intentare azioni rappresentative transfrontaliere dei requisiti di cui all'art. 140-quinquies.

La disciplina del procedimento di iscrizione e cancellazione dall'elenco è poi deferita a un

[495] In realtà, però, è forse più consono parlare di imprecisione e mancanza di rigore tecnico e acribia, visto che il legislatore europeo non si è di certo tirato indietro dinanzi alla creazione di una normativa di caratura eminentemente processuale, in tensione con il principio di autonomia procedurale degli Stati membri.

[496] Specialmente se si considera, come rilevato nel capitolo precedente, la totale assenza di norme su giurisdizione e competenza, tanto nella direttiva quanto nel decreto di recepimento, che avrebbero, in qualche misura, permesso di giustificare, nel quadro municipale, una tale preferenza verso il promovimento di iniziative transfrontaliere.

[497] Al riguardo può evidenziarsi come l'art. 840-bis, con riferimento alle azioni di classe, contempla un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia che funziona in modo affine. Allora, ai fini di coerenza sistematica e risparmio di risorse pubbliche (con la precisione su cui *infra* circa questa presunta origine pubblica delle risorse), sarebbe stato possibile attribuire, in sede di recepimento, la gestione di ambedue gli elenchi al solo Ministero della giustizia. E infatti, indipendentemente dalla regressione della tutela giurisdizionale dovuta alla settorializzazione delle azioni rappresentative, si tratta pur sempre di strumenti aggreganti una pluralità di posizioni giuridiche soggettive.

decreto del Ministro competente. Si dà atto, infine, che la definizione delle modalità di pubblicazione della sezione specializzata di cui all'art. 140-quinquies del cod. consumo è avvenuta a mezzo del decreto del 26/07/2023 del Ministro delle imprese e del made in Italy. In concreto, è prevista la pubblicazione dell'elenco, da comunicare alla Commissione europea, sul sito istituzionale del dicastero. La domanda di designazione da parte degli enti deve essere presentata in formato digitale, in base alla modulistica pubblicata sul sito web del Ministero, con una copia dello statuto -per dimostrare lo svolgimento di una attività a tutela degli interessi dei consumatori- e una relazione sulla attività svolta. Inoltre, l'ente richiedente deve inoltrare: una dichiarazione sostitutiva attestante la non sottoposizione a procedure di regolazione della insolvenza[498]; copia di documentazione attestante l'assolvimento da parte dell'ente dell'onere di trasparenza sul proprio sito istituzionale con riguardo alle informazioni richieste dall'art. 140-quinquies; copia dell'ultimo bilancio di esercizio, con evidenziazione delle fonti di finanziamento. Il controllo sulla permanenza in capo agli enti iscritti dei requisiti di legge avviene in conformità a quanto previsto dall'art. 140-sexies cod. consumo[499].

La sopraesposta criticità sulla indebita equiparazione tra organismi pubblici dipendenti ed enti provati non è stata sanata in alcun modo dal decreto, dovendo i primi presentare comunque una istanza. Per la verità, posto che il decreto, con riferimento agli organismi pubblici indipendenti, asserisce semplicemente che essi trasmettono una comunicazione sulla intenzione di essere legittimati all'esperimento di azioni rappresentative, sembra che la scelta sia rimessa alla discrezionalità dei predetti[500].

Infine, ai fini della pubblicazione sul sito web ministeriale, gli enti trasmettono alla Direzione generale del Ministero un elenco con le azioni rappresentative intentate, indicando lo stato di avanzamento e i relativi esiti[501].

[498] Fatta salva tale dichiarazione, le associazioni già iscritte all'elenco di cui all'art. 137 cod. consumo che vogliano ottenere la legittimazione a proporre azioni rappresentative transfrontaliere possono non trasmettere la documentazione richiesta dalla norma.

[499] Tale verifica avviene attraverso la disamina della documentazione che l'ente è chiamato a fornire già in sede di richiesta di iscrizione, la quale, quindi, deve essere fornita nuovamente e aggiornata.

[500] Ci si può poi interrogare se una tale discrezionalità, peraltro creata con un decreto ministeriale e non in forza di una legge, possa o meno disattendere l'effettività della tutela scolpita nella normativa europea.

[501] Dunque, quella che la direttiva UE definisce quale banca dati contenente le informazioni sulle azioni rappresentative è destinata a essere gestita da parte del Ministero delle imprese e del made in Italy.

1.2 Fase introduttiva e giudizio di ammissibilità.

Gli enti legittimati non necessitano di un mandato da parte dei consumatori. Il giudizio può essere incardinato al fine di richiedere provvedimenti di tipo inibitorio e/o compensativi, anche congiuntamente. Quest'ultimo inciso rappresenta una significativa innovazione nel sistema degli strumenti di tutela collettiva nazionale[502] e, in potenza, potrebbe costituire il presupposto per un efficientamento della tutela giurisdizionale e per la riduzione dei tempi della giustizia. È, quindi, possibile il previo esperimento della azione inibitoria, considerata la soglia dell'onere probatorio più esigua[503], seguito dalla richiesta risarcitoria, sfruttando il

[502] La lettera dell'art. 840-sexiesdecies c.p.c., infatti, impone al giudice di disporre la separazione delle due azioni (di classe e inibitoria) eventualmente incardinate contestualmente. D. Amadei, "*Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile"* in "*NLCC*", 5/2019, pagina 1089, non esclude invece il *simultaneus processus* tra inibitoria collettiva e azione di classe a tutela della medesima posizione soggettiva del singolo, non essendo più riservata la inibitoria collettiva agli enti esponenziali. A. A. Dolmetta, "*Profili emergenti nelle azioni di classe*" citata, pagina 6, fa notare come tale separazione imposta dalla legge non fa altro che disincentivare l'uso della inibitoria collettiva e che sarebbe stato più opportuno riconoscere un potere di separazione rimesso alla discrezionalità del giudice, considerato il fatto che una parte consistente degli accertamenti nei due giudizi è la medesima. Sulla circostanza per cui la separazione delle azioni andrebbe a collidere con i principi di economia processuale e di effettività e unitarietà della giurisdizione R. Donzelli, "*L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*" in *"Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31* a cura di Sassani, Pisa, 2019, pagina 27; nello stesso senso C. Petrillo, "*Situazioni soggettive implicate*" in *"Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31* a cura di Sassani, Pisa, 2019, pagina 57, specie in considerazione del fatto che la competenza per ambedue i tipi di azione è sempre delle sezioni specializzate in diritto d'impresa. A. Tedioli – G. M. Sacchetto, "*La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840-sexiesdecies c.p.c*." in "*Rivista di diritto processuale*", 1/2021, pagina 258, notano invece come il cumulo delle domande giudiziali sarebbe stato più efficace visto che l'oggetto del giudizio è in parte identico (il riferimento è all'accertamento della responsabilità del soggetto convenuto). *Contra* M. Stella, "*La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies c.p.c. tra tradizione e promesse di deterrenza*" in "*Il Corriere giuridico*"12/2019, pagina 1459, secondo il quale prevedere la separazione tra le due tipologie di azioni scongiura l'assoggettamento dell'inibitoria alle lungaggini del giudizio di classe.
E. Silvestri, opera citata, pagina 6, evidenzia, inoltre, come la previsione di un diverso procedimento tra azione inibitoria collettiva e azione di classe si configura come scelta irragionevole, se si considera che l'intento del legislatore era quello di rendere effettivamente "*user-friendly*" i procedimenti collettivi. A. Carratta, "*I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura" in "La class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019, pagina 2300, evidenzia come non sussistano ragioni processuali giustificanti tale obbligo di separatezza, posto che per azioni sottoposte a riti diversi -in questo caso, rito semplificato di cognizione, con adattamenti, per l'azione risarcitoria, e rito camerale, per l'inibitoria collettiva- trova applicazione l'art. 40 c.p.c. I. Pagni, "*L'azione inibitoria collettiva*" in *"La class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019, pagine 2329-2332, nota correttamente come la combinazione di inibitoria e azione di classe consenta di raggiungere sia prevenzione e deterrenza di condotte illecite che il ristoro dei pregiudizi causati, potendo, inoltre, il giudicato della prima essere speso in un giudizio risarcitorio. In ultima istanza, dunque, appare preferibile partire dalla azione inibitoria, a tutela di una posizione seriale, per poi intentare un'azione di classe (sul punto, l'A. parla di pregiudizialità in senso tecnico). Ed invero, grazie ad una sentenza di tipo inibitorio è agevolata la strada per l'azione risarcitoria di classe, e segnatamente in punto di accertamento della responsabilità e del nesso di casualità tra illecito e danno. Su tali vantaggi conseguenti all'esperimento della azione inibitoria Cass. sez. I, 24 maggio 2016, n. 10713; Cass. sez. III, 18 agosto 2011, n. 17351. Per la verità, però, l'A. rimarcando il carattere snello dell'azione inibitoria, fa notare come sarebbe possibile ottenere mediante quest'ultima risultati simili a quelli raggiungibili con una azione di classe senza dover passare "*attraverso le forche caudine del vaglio di ammissibilità dell'art. 140 bis c. cons. e oggi dell'art. 840 ter c.p.c."* L'A. critica, poi, la scelta del rito camerale per l'azione inibitoria, trattandosi di un procedimento contenzioso, posto che si prospettano problemi di compatibilità con le regole del giusto processo e in punto di ricorribilità per Cassazione del provvedimento.
[503] E, peraltro, la congiunzione tra le due azioni si configura come ulteriormente propiziata dal regime probatorio previsto dall'art. 140-octies in sede inibitoria.

giudicato sull'accertamento della illiceità della condotta previamente denunziata. Ed invero, posto che le azioni rappresentative possono essere esperite per ottenere cumulativamente provvedimenti di tipo inibitorio e compensativo, è possibile immaginare uno scenario in cui la concatenazione tra iniziative giudiziarie venga progressivamente soppiantata da un loro congestionamento in un unico giudizio, agevolando così l'accertamento giudiziale della fondatezza delle pretese[504] e l'accesso alla giustizia. Seguono poi delle disposizioni la cui collocazione appare non pienamente congrua nell'articolo in esame. In particolare, si prevede l'operatività delle norme di diritto internazionale privato su giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione di decisione in materia civile e commerciale, nonché la possibilità che la azione rappresentativa sia incardinata da più enti con legittimazione in differenti Stati membri ove la violazione di una delle materie di cui all'allegato II-sepities arrechi o possa arrecare nocumento a consumatori di diversi Paesi. Si tratta di previsioni significative in un'ottica di collaborazione tra questi ultimi, oltre che propizie per il promovimento di azioni transfrontaliere. Tuttavia, sarebbe stato opportuno dedicare una precipua disposizione con appositi criteri per l'individuazione del giudice competente, posto che, come rilevato nel precedente capitolo, la direttiva UE tace sul punto. E non possono peraltro trovare diretta applicazione ad azioni di matrice collettiva o, comunque, aggregata le regole su giurisdizione e competenza scolpite nel Regolamento 2012.

L'atto introduttivo del giudizio è il ricorso, da depositare *inderogabilmente* (così l'art. 140-septies, comma 4), innanzi alla sezione specializzata in diritto delle imprese del Tribunale ove ha sede la parte resistente. In particolare, ove quest'ultima sia una persona fisica, il giudice competente è quello del luogo di residenza o domicilio ovvero, se sconosciuti, quello di dimora. Se anche tale luogo è sconosciuto, in linea con il disposto dell'art. 18 c.p.c., è competente il giudice del luogo in cui ha sede l'ente ricorrente[505]. La scelta di irreggimentare una competenza esclusiva in capo al tribunale delle imprese appare opportuna per la

[504] A. Di Landro, ultima opera citata, pagina 999, nota infatti come la cumulabilità tra i due tipi di azioni sia opportuna visto che l'oggetto di entrambi i giudizi è comunque l'accertamento di una condotta plurioffensiva.

[505] Questo criterio di individuazione della competenza è il medesimo della legge n. 31/2019, ove si parla di sede dell'impresa. Pertanto, riteniamo che sussista anche con riguardo alle azioni rappresentative il rischio di forum shopping, come nota C. Consolo, "*La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina"* ne "*Il Corriere giuridico*", 2019, pagina 739, e ID, "*L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c."* in "*Rivista di diritto processuale*", 2020, pagina 726. Non è chiaro infatti se le disposizioni normative si riferiscano alla sede legale dell'impresa ovvero al foro delle persone giuridiche *ex* art. 19 c.p.c. Proprio in quest'ultima evenienza si profilerebbe il rischio di forum shopping, specie se l'impresa potenzialmente convenuta opera su tutto il territorio nazionale, dal momento che il ricorrente potrebbe decidere di adire il Tribunale del luogo in cui l'impresa ha uno stabilimento e un rappresentante legale autorizzato a stare in giudizio.

complessità, fattuale e giuridica, delle controversie in esame. E tuttavia, non può non notarsi come suddetta competenza sia stata previamente prevista con riferimento alle azioni risarcitorie antitrust e alle azioni di classe di cui al codice di rito. Appare, pertanto, deprecabile la mancata inclusione del diritto della concorrenza tra le materie di cui all'allegato II-septies, nonostante lo stesso sia indiscutibilmente il prototipo della disciplina europea e, di riflesso, di quella nazionale. E rifugge dalla prospettiva di coerenza sistematica, il fatto che, nonostante il giudice competente per azioni rappresentative e azioni di classe sia individuato mediante i medesimi criteri, il legislatore nazionale abbia omesso qualsivoglia tentativo di coordinamento tra i due strumenti giurisdizionali in parola[506].

Dal punto di vista contenutistico, il ricorso introduttivo deve indicare gli elementi necessari a individuare il gruppo di consumatori interessati all'iniziativa giudiziale[507] e i finanziamenti ricevuti ovvero promessi dai terzi, nonché la giurisdizione e il diritto applicabile. Il riferimento ai finanziamenti promananti da soggetti estranei al giudizio mira ad assolvere l'esigenza di trasparenza e la garanzia di indipendenza dell'ente legittimato rispetto a condizionamenti esterni. Tuttavia, la soluzione adottata dal legislatore in sede di recepimento potrebbe non essere sufficientemente congrua. Ed invero, la formulazione della direttiva UE, all'art. 10 paragrafo 3, contempla, in modo generico, la comunicazione da parte dell'ente ricorrente all'autorità adita di un resoconto finanziario elencante le fonti dei fondi da impiegare nella azione *intraprendenda*. A livello nazionale, tale onere divulgativo è espletato in sede di designazione pubblicistica. Con riferimento, invece, alla fase introduttiva del giudizio il decreto di recepimento si limita a prevedere genericamente una comunicazione dei fondi erogati da un terzo con un interesse in causa, ma non l'identità di quest'ultimo. E allora, probabilmente, sarebbe stato più opportuno prevedere l'allegazione dei predetti rendiconti al ricorso introduttivo[508] e la identificazione del finanziatore. Soltanto in tal modo, infatti, è possibile accertare in concreto una conflittualità di interessi tra questi e la parte resistente

[506] Risulta, infatti, difficile comprendere come possa, in sede di elaborazione normativa, impiegarsi un modello di riferimento (e, segnatamente, la disciplina delle azioni risarcitorie antitrust e quella delle azioni di classe) per poi conculcare ogni prospettiva di evoluzione normativa in senso ampliativo e, per di più, giungere ad una regressione di effettività di tutela giudiziale.

[507] La Relazione illustrativa, pagina 10, specifica però come non occorra identificare individualmente i consumatori.

[508] Del resto, un eventuale conflitto di interessi tra terzo finanziatore e resistente non può di certo essere rilevato da parte del Ministero delle imprese e del Made in Italy e, anche se lo fosse, si dubita che il dicastero possa rigettare la richiesta di iscrizione all'elenco di cui all'art. 140-quinquies, non venendo in rilievo alcuno dei requisiti ostativi previsti dalla norma. Ed invero è l'autorità adita con l'azione rappresentativa a dover vagliare la sussistenza di una situazione di conflittualità degli interessi in causa, potendo pervenire alla declaratoria di inammissibilità.

ovvero tra il *funder* e il ricorrente[509]. Dal comma 6, l'art. 140-septies (così come gli articoli seguenti) inizia a rinviare sistematicamente alla disciplina del codice di rito sulle azioni di classe. Si prevede, infatti, l'applicazione dell'art. 840-ter c.p.c. in punto di pubblicazione, a cura della cancelleria, di ricorso e decreto fissativo dell'udienza nell'area pubblica dei servizi telematici gestita dal Ministero della Giustizia[510].

La procedura rappresentativa è retta dal rito semplificato di cognizione[511] di cui al libro secondo, titolo I, capo III-quater, del codice di rito, introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (in attuazione della delega di cui alla legge 26 novembre, n. 206), "*in quanto compatibile*". Precisiamo subito che suddetta compatibilità è limitata, in considerazione dei plurimi rinvii alla disciplina del libro IV titolo VIII-bis del codice di rito[512]. Le azioni collettivi e l'azione di classe, infatti, sono rette da un procedimento ibrido, il quale, pur attagliandosi

[509] Nel caso in cui il terzo finanziatore miri a insterilire e frustrare una domanda giudiziale contro un convenuto con cui intrattiene un rapporto giuridico o economico.

[510] Di qui, l'opportunità di un coordinamento, del tutto assente, tra le competenze dei Ministeri della giustizia e delle imprese.

[511] Su cui si vedano A. Motto, "*Prime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione*" in "*Judicium*", Pacini giuridica, 2022; C. Taraschi, "*Il nuovo procedimento semplificato di cognizione*" in "*Judicium*", Pacini giuridica, 2022. Preliminarmente, può evidenziarsi come la scelta della denominazione del rito miri a segnare un distanziamento dal rito sommario di cognizione, pur trovandoci comunque in presenza di uno schema processuale contraddistinto da deformalizzazione e semplificazione rispetto a quello ordinario. A. Motto, ultima opera citata, pagina 1, rimarca come l'inserimento delle nuove disposizioni nel libro II del codice di rito denoti la qualifica del processo in parola come a cognizione piena. E tuttavia, bisogna rammentare che la pregressa giurisprudenza rinveniva la pienezza della cognizione e dell'accertamento anche con riferimento al rito sommario (si vedano S.U. 10 luglio 20912, n. 11512, Cass. 14 maggio 2013, n. 11465, Cass. 27 giugno 2018, n. 16893, S.U. 5 ottobre 2022, n. 28975, sent. n. 253/2020 della Corte costituzionale), dovendosi ricondurre il carattere della sommarietà esclusivamente a trattazione e istruzione della causa. Per questi rilievi C. Taraschi, opera citata, pagina 1, con particolare riferimento alla circostanza secondo cui la semplificazione nelle fasi di trattazione e istruzione sarebbero preposte a consentire una accelerazione nell'esercizio dei poteri cognitivi del giudice. Su questa scia, peraltro, si pone anche l'onere di contestazione specifica in capo al convenuto *ex* art. 281-undecies c.p.c. (alla stregua di quanto previsto dall'art. 167 c.p.c.), tale per cui questi deve prendere posizione in modo chiaro e precipuo sui fatti posti a fondamento della domanda attorea. Si tratta, invero, di una disposizione atta a circoscrivere il *thema decidendum e il thema probandum*, in chiave acceleratoria; così C. Taraschi, opera citata, pagine 3-5, il quale, inoltre evidenzia opportunamente come la complessità di una controversia potrebbe prospettarsi anche con riguardo a giudizi prettamente documentali e con una istruttoria contenuta, specie in presenza di questioni tecniche e giuridiche altamente complesse.

[512] Non può non rimarcarsi la illogicità della scelta effettuata dal legislatore. Ed invero nella relazione tecnica si asserisce come si sia tentato di modellare una disciplina processuale per le azioni rappresentative utilizzando come punto di riferimento quella delle azioni di classe. La statuizione in parola, suffragata dal rinvio in blocco a disposizioni del titolo VIII-bis del codice di procedura civile, risulterebbe ragionevole e congrua se nella relazione tecnica allegata al decreto di recepimento non fosse stato evidenziato l'esiguo numero di azioni di classe proposte tanto nel vigore dell'abrogato art. 140-bis codice del consumo quanto dell'attuale normativa introdotta nel 2019. In concreto, infatti, sono state intentate appena cinque azioni di classe nel 2021 e dieci nell'anno successivo. Indipendentemente dai proclami di semplificazione, efficacia e ragionevole durata del processo, che dovrebbero conseguire all'applicazione del rito semplificato di cognizione, il legislatore sembra essersi posto nella traiettoria fallimentare della pregressa disciplina. Non è dato sapere, infatti, come sia possibile raggiungere i suesposti obiettivi e, a livello macroscopico, una tutela giurisdizionale effettiva delle ragioni dei consumatori danneggiati da illeciti di massa senza affrontare adeguatamente le criticità proprie della disciplina dell'azione di classe, rendendo, di contro, il quadro normativo della tutela collettiva più complesso e frammentato.

alle norme dell'abrogato rito sommario di cognizione[513], contiene anche significative deroghe allo stesso. Ad ogni modo, le azioni rappresentative risultano assoggettate al rito semplificato[514].

Dal punto di vista processuale, è anzitutto esclusa espressamente la possibilità di mutamento del rito di cui all'art. 281-duodecies c.p.c., parallelamente a quanto previsto dall'art. 840-ter c.p.c. Ora, se da una parte potevano configurarsi criticità connesse al contraddittorio e alla pienezza dell'accertamento, nella misura in cui si reputasse che il rito sommario non si prestasse a una cognizione piena[515], d'altra parte, con riferimento al rito semplificato, non dovrebbero prospettarsi i medesimi profili problematici in sede applicativa, in considerazione della predeterminazione legale di regole e termini istruttori, e, dunque, di una irreggimentazione che restringe la discrezionalità gestoria del giudice. E tuttavia, quest'ultimo quadro procedimentale risulta scarsamente compatibile con riguardo le azioni rappresentative[516]. Ed invero, in conformità a quanto richiesto dalla normativa europea sulla

[513] La scelta di tale rito si configura come non congeniale per C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c."* in "*Rivista di diritto processuale*", 2020, pagina 725, considerate le formalità, non inessenziali, di un procedimento di classe. L'A., ultima opera citata, pagina 734, parla peraltro di rito sommario "ordinarizzato", considerati il provvedimento giurisdizionale al termine dello stesso (una sentenza) e la composizione collegiale del giudice.

[514] Criticità che si prospettano dal momento che il legislatore del 2022 ha optato per una significativa attenuazione della deformalizzazione di istruttoria e trattazione che contraddistinguevano il rito sommario di cognizione. Ed invero l'art. 281-duodecies, colmando le lacune del rito sommario di cognizione, prevede che alla prima udienza le parti debbano, a pena di decadenza, formulare le eccezioni conseguenti a domande riconvenzionali ed eccezioni proposte dalle altre parti e possono altresì richiedere al giudice un termine perentorio non superiore a 20 giorni per precisare e modificare domande, eccezioni e conclusioni, così come per indicare mezzi di prova e produrre documenti, purché sussista un giustificato motivo, con l'aggiunta di un ulteriore termine non superiore a 10 giorni per le repliche e per addure prove contrarie. Per la verità, però, suddetta disposizione non è esenta da criticità, come evidenzia C. Taraschi, opera citata, pagine 7-8, posto che si rimette ad una valutazione casistica del giudice la sussistenza di un giustificato motivo per le richieste istruttorie cennate. E, in teoria, il giustificato motivo dovrebbe essere riconducibile alla complessità della controversia, la quale, però non deve essere tale da giustificare il mutamento del rito, e alle esigenze di tutela del diritto di difesa e del contraddittorio. Inoltre, si prospetta una lesione del contraddittorio delle parti a causa della commistione tra attività istruttorie e assertive, essendo previsto per le stesse un termine unitario. A. Motto, ultima opera citata pagine 1-5, qualifica il rito semplificato di cognizione come rito speciale a cognizione piena ovvero come ulteriore modalità di svolgimento del rito ordinario, posto l'incremento del tasso di predeterminazione legale dello svolgimento del processo unitamente, però, a semplificazione e concentrazione. Ed invero, le parti sono tenute a produrre documenti e formulare istanze istruttorie negli atti introduttivi, dal momento che il giudice non assegnerà, ove non ne ravveda un giustificato motivo, ulteriori termini per l'espletamento di richieste istruttorie e attività assertive. Tale predeterminazione, quindi, spoglia il giudice di poteri di direzione processuale, pur rimanendo in capo allo stesso un margine di discrezionalità con riferimento alla scelta di mutamento del rito o meno. E tuttavia, a seguito della modifica ad opera dell'art. 3, comma 8 lett. v), del D.Lgs. n. 164/2034, l'art. 840-ter c.p.c. rinvia esplicitamente agli artt. 281-decies c.p.c. Pertanto, pur nel silenzio del legislatore in punto di decorrenza temporale della citata novella, potrebbe ritenersi superato il rischio prospettao sopra sulla incertezza del regime processuale da applicare.

[515] Tuttavia, in senso contrario si è espressa la giurisprudenza soprarichiamata, ma possono citarsi anche Cass. S. U. 5 ottobre 2022, n. 28975 e Corte costituzionale 5 maggio 2021, n. 89, le quali parlano di rito a cognizione piena ancorché "destrutturato" dal punto di vista formale.

[516] L'applicazione del rito semplificato di cognizione alle stesse, infatti, si configura alquanto ardua, alla luce dei requisiti scolpiti nell'art. 281-decies c.p.c., difficilmente conciliabili con le caratteristiche delle azioni rappresentative. In particolare, occorrerebbe alternativamente: che i fatti di causa non siano controversi (e, quindi, la non contestazione degli stessi *ex* art. 115 c.p.c.).; una domanda fondata su prove documentali ovvero di pronta soluzione oppure non necessitante di una istruttoria complessa. Ora, con riferimento alle azioni rappresentative la fase istruttoria è verosimilmente destinata

dismissione, nelle fasi iniziali del processo, di iniziative giudiziali manifestamente infondate, è previsto che il tribunale, entro il termine di trenta giorni dalla prima udienza[517], decida con ordinanza sulla ammissibilità della domanda, potendo, però, sospendere il giudizio ove sui fatti rilevanti ai fini del decidere sia in corso una istruttoria innanzi ad una autorità amministrativa indipendente ovvero un processo avanti al giudice amministrativo. Restano ferma le disposizioni di cui al decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3[518]. Rimane salvo, poi, il diritto ad agire individualmente, "*salvo quanto previsto dall'art. 840-undecies, nono comma, del codice di procedura civile*", ovverosia l'assoggettamento alla determinazione del procedimento di classe ove l'aderente non abbia revocato la propria adesione prima della definitività del decreto adottato a valle della procedura di liquidazione (definita impropriamente dalla legge "procedura di adesione")[519]. Anche nel processo di tipo

a configurarsi come complessa e, financo, il fulcro dell'intero procedimento, come dimostra il rinvio all'art. 840-quinquies c.p.c., incentrato sulla esibizione probatoria. Si può di conseguenza escludere la prospettiva della pronta soluzione della domanda. Dubita della compatibilità delle caratteristiche delle azioni rappresentative con i requisiti del rito semplificato E. Camilleri, "*L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Il rilievo delle decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali. Spunti all'arret Repsol*" in "*NLCC*", 2024. pagina 446, il quale evidenzia come difficilmente le azioni rappresentative possono essere definite come cause dotate di maturità ai fini decisori o di semplicità intrinseca.

[517] Con riferimento alla disciplina delle azioni di classe -ma ci sembra una considerazione trasponibile anche nell'alveo delle azioni rappresentative- F. Cossignani, "*L'ammissibilità della domanda nell'azione di classe*" in *"La class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019, pagina 2301, presume che tale udienza sia deputata al contraddittorio delle parti sulla ammissibilità della domanda. L'A. sottolinea inoltre come il termine di trenta giorni previsto per la decisione sulla ammissibilità (termine, comunque, non perentorio) disincentiva la assunzione di prove costituende.

[518] In teoria tale clausola di chiusura si riferisce alla valenza vincolante in sede di giudizio civile di decisioni definitive amministrative (per tali intendendosi i provvedimenti dell'Autorità antitrust e le decisioni del giudice amministrativo a seguito di impugnazione dei predetti). Si ribadisce la totale illogicità di un rinvio, in questo caso esplicito e incontestabile, alla normativa processuale delle azioni risarcitorie antitrust, senza l'inserimento delle stesse nell'alveo applicativo del decreto legislativo in esame.

[519] In dottrina, si è più volte evidenziato come tale fase, con l'accertamento dei diritti dei singoli aderenti e la determinazione del quantum loro spettante, abbia lampanti somiglianze con la redazione del progetto di stato passivo e con la procedura di accertamento dello stesso della liquidazione giudiziale (già procedura di fallimento). In tal senso si vedano U. Corea – G. Guarnieri, opera citata, pagina 13; I. Speziale, "*La nuova azione di classe: riflessioni critiche sulla riforma*" in "*Il Corriere giuridico*" 7/2020, pagine 969-970, la quale, però, nota come la somiglianza tra procedimento di classe e procedura fallimentare sia soltanto strutturale, non involgendo, invece, gli effetti della pronunzia, l'una di condanna generica e l'altra di accertamento costitutivo; D. Amadei, "*Nuova azione di classe*" citata, pagina 1067; P. Farina, opera citata, pagina 665; C. Biasior, "*Private antitrust enforcement: la prospettiva del mercato. La nuova azione di classe*" in "*Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII convegno antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019*" a cura di G. A. Benacchio, M. Carpagano, 2019, pagina 148. Sulla circostanza per cui la biforcazione del processo di classe ricordi le dinamiche intercorrenti tra sentenza dichiarativa di fallimento e all'accertamento del passivo R. Donzelli, "*Le impugnazioni dei provvedimenti decisori*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 370. Nello stesso senso anche S. Azzarello, "*La terza fase dell'azione di classe*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagine 89 e 96, la quale qualifica la terza fase dell'azione di classe come il punto debole della riforma del 2019. P. Fiorio ne "*La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*" citata, pagina 11, sostiene che la presenza di una fase processuale appositamente deputata alla liquidazione dei danni individuali lascia pensare alla suddivisibilità degli aderenti in sottoclassi. A quest'ultimo riguardo, e cioè sulla possibilità di innestare sottogruppi di aderenti in seno alla medesima procedura, ci sembra di poter leggere un avallo di tale ricostruzione in A. Giussani, *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*" nota a Cass. sez. III, 31 maggio 2019, n. 14886, in "*Riv. dir. proc*.", 1/2020, pagina 364, nella parte

rappresentativo, poi, non è ammesso l'intervento volontario dei terzi ex art. 105 c.p.c. (vietato anche dall'art. 840 bis c.p.c.), dovendosi, però, ammettere, alla stregua di quanto può avvenire nella azione di classe, la chiamata del terzo in causa. E di conseguenza, non può non notarsi l'irragionevolezza di relegare la disciplina alle azioni rappresentative al solo diritto consumeristico. Il legislatore, in sede di recepimento, ha cioè creato due binari processuali che si distinguono in punto di legittimazione ad agire e, in apparenza, di qualificazioni giuridica delle posizioni soggettive deducibili in giudizio, ma con la medesimezza delle regole processuali da applicare. In concreto, infatti, quantomeno con riferimento alle azioni finalizzate a ottenere provvedimenti di tipo compensativo, il giudizio non può che vertere, parallelamente a quanto avviene con le azioni di classe, su diritti individuali omogenei dei singoli aderenti. Per la verità, però, anche questo aspetto non è scevro di dubbi. In seno alla disciplina dell'azione di classe, si assiste a una differenziazione dell'oggetto del processo in base alla figura del ricorrente. Ove ad agire sia il singolo individuo danneggiato[520] da una

in cui l'A. fa notare come i profili di disomogeneità nella classe siano omogeneizzabili, poiché comunque riferibili a più soggetti. Ed invero è possibile rinvenire serialità, e, quindi aggregare le relative questioni fattuali e giuridiche, pur in presenza di alcuni profili disomogenei. Sulla circostanza per cui la creazione di sottoclassi dovrebbe divenire, nonostante la maneggiabilità delle stesse non sia diffusa negli ordinamenti di civil law, una costanza, in esito alla generalizzazione della azione di classe, in aperta controtendenza rispetto alla regolazione settoriale E. Ferrante, "*Diritti soggettivi e processo di massa*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagine 73 e 77. A. Amidei, opera citata, pagine 90-91, sostiene che la creazione di sottoclassi aumenterebbe le possibilità applicative della azione di classe, dando così rilievo alle differenze, in termini di gravità, dei pregiudizi subiti dai singoli componenti della classe. L'A., inoltre, ritiene che nella sentenza di merito possano essere individuati diversi criteri di quantificazione del danno, applicabili a differenti categorie di aderenti. Per entrambe le proposte, il modello di riferimento potrebbe essere la prassi applicativa della *Rule 23* statunitense. Peraltro, bisogna evidenziare come, alla luce della lettera dell'art. 840-bis c.p.c., una medesima condotta potrebbe ledere consumatori e imprese, situazione che impone necessariamente la creazione di partizioni interne alla classe, a meno che non voglia negarsi in toto la configurabilità di una azione di classe mista. Cirrcostanza, quest'ultima, che non ci sembra sostenibile, anche perché il legislatore avrebbe potuto espressamente porre un divieto in tal senso. È ovvio, però, che una classe che abbracci sia imprese che consumatori si configuri come difficilmente gestibile, occorrendo differenziazioni in punto di accertamento dei diritti fatti valere. Sulla plausibilità della costituzione di classi miste sul piano soggettivo attivo, purché sussista l'omogeneità dei diritti, R. Donzelli, "*L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 340. Si veda altresì F. De Dominicis, "*I numeri e lo stato dell'arte dei primi dieci anni di vita dell'istituto*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 275, il quale dà menzione del primo caso in cui la giurisprudenza ha ammesso la scomposizione di una classe in tre sottogruppi (il riferimento è a Tribunale di Cagliari, ordinanza 10 febbraio 2017, *Adiconsum e altri c./ Abbanoa s.p.a.*). Anche G. Afferini, "*La nuova azione di classe antitrust*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 130, reputa necessaria la costituzione di sottoclassi, raggruppanti acquirenti diretti e indiretti, per eliminare i rischi di conflitti di interesse.
In tema, si richiama l'ordinanza del Tribunale di Cagliari, seconda sezione civile, datata 06/06/2023, la quale ha dichiarato l'ammissibililità dell'azione promossa dalla associazione consumeristica Adiconsum, ammettendo la creazione di tre sottoclassi di consumatori. Tale azione di classe è stata poi dichiarata improcedibile, non avendo la predetta associazione provveduto ad eseguire la pubblicità di cui all'art. 140 bis del Codice del Consumo nei termini previsti dall'ordinanza di ammissibilità.

[520] Peraltro, in assenza di espliciti appigli normativi in tal senso dovrebbe escludersi la sussistenza di un rapporto di rappresentanza o di mandato tra proponente e componenti della classe; in tal senso A. D. De Santis, "*Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe: profili processuali*" in "*Class action ed azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla L. 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di U. Ruffolo, Giuffrè, Milano, 2021, pagina 121. A. Giussani, "*Le azioni*

condotta illecita plurioffensiva, oggetto dell'accertamento giudiziale sarà la posizione giuridica soggettiva dal primo addotta. Le situazioni giuridiche omogenee degli aderenti, invece, sono destinate a essere vagliate in una fase successiva. Di contro, nell'ipotesi in cui ad agire sia un ente, la sentenza, similmente a quanto dovrebbe accadere con le azioni rappresentative, sarà incentrata sull'accertamento della sussistenza della condotta o dei comportamenti reiterati posti in essere dalla parte convenuta, nonché sulla capacità dei predetti di cagionare nocumento. Quest'ultimo aspetto, poi, verrà accertato nell'alveo della procedura di liquidazione successiva alla sentenza[521]. E proprio su questo frangente sorgono dubbi. Oggetto del giudizio compensativo e, prima ancora, di una domanda giudiziale non può essere un mero fatto (*id est* la condotta di un professionista e la sua illiceità) o, comunque, questioni giuridiche comuni a una pletora di consumatori (e.g. la dannosità del comportamento denunziato), a meno che non si qualifichi la legittimazione dell'ente quale straordinaria. Di contro, specialmente nelle intenzioni del legislatore europeo, sembra che le organizzazioni rappresentative facciano valere in giudizio una posizione giuridica di cui sono titolari[522]. E questa circostanza pare materialmente inconciliabile con la conformazione processuale tripartita prescelta dal legislatore in sede di recepimento, sulla scia della disciplina delle azioni di classe.

Peraltro, il decreto tace totalmente sul sistema di adesioni, limitandosi a rinviare al titolo VIII-bis del codice di rito. Su questo frangente, il legislatore ha deliberatamente ignorato la fallimentare (e ultradecennale) esperienza del sistema adesivo di opt-in[523], non ritenendo di

---

di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei" in "*Riv. Tri. Dir. Pro. Civ*.", 2019; pagina 160, qualifica il proponente quale "campione esemplificativo" della classe, non già rappresentante. A detta di G. Bertolino, "*L'opt-out nell'azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma"* citata, pagina 495, sembra invece che nei confronti degli aderenti si innesti una forma di sostituzione processuale *ex lege*; in questo senso anche G. De Cristofaro, "*L'azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali*" citata, pagina 1932.

[521] C. Consolo, "*La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina"* ne "*Il Corriere giuridico*", 2019, pagina 739, ritiene che l'articolazione trifasica della azione di classe costituisca una scansione più realistica e graduale della procedura rispetto alla disciplina previgente.

[522] In tal senso si veda l'art. 7 della Direttiva, comma 6.

[523] Come poi nota correttamente A. Di Landro, ultima opera citata, pagina 996, il sistema di adesioni dell'opt-in, oltre ad essere la causa della scarsa applicazione delle azioni di classe mal si presta a consentire la gestione di pretese di matrice collettiva, quali sono le azioni rappresentative, oltre a non risolvere il problema dell'inerzia razionale del consumatore. Riteniamo, infatti, che non possa spiegarsi la mancata proposizione di azioni di classe semplicemente facendo riferimento al fatto che le stesse afferiscano ad una diversa cultura giuridica: il diritto è mutevole e soggetto a modificazioni ed evoluzioni. Aggiungiamo che il legislatore nazionale non avrebbe dovuto neppure cimentarsi nell'elaborazione normativa di un sistema di opt-out, potendo attagliarsi al disposto dell'art. 840-quaterdiecies c.p.c., il cui funzionamento, con riferimento alle procedure transattive, è proprio quello dell'onere di autoesclusione. E peraltro sarebbe stato anche possibile recepire acriticamente quanto previsto dalla direttiva, azione cui il legislatore è risaputamente aduso, come dimostrato anche da differenti punti del decreto legislativo in esame. Sul fatto che l'opt-in coinvolga un numero di soggetti sensibilmente inferiore rispetto all'opt-out I. Speziale, opera citata pagina 970. R. Pardolesi, "*La classe in azione.*

recepire la giurisprudenza nazionale, la quale, in sede di delibazione, ha riconosciuto la non incompatibilità del meccanismo di opt-out con l'ordinamento giuridico italiano[524].

Sempre riprendendo contenuto e struttura dell'art. 840-ter c.p.c., alla breve[525] descrizione della fase introduttiva del giudizio rappresentativo, segue la disciplina della fase di ammissibilità della domanda. In particolare, la norma enuclea sei cause di inammissibilità[526],

Finalmente" citata, pagina 305, definisce i risultati dell'opt-in "desolanti". Sul fatto che l'opt-in limiti l'appetibilità della azione di classe, determinando tempi della giustizia particolarmente lunghi a svantaggio di soggetti, siano essi consumatori o imprese, che non hanno frequenti contatti con le istituzioni e che non dispongono di ingenti risorse finanziarie (cosiddetti *one-shotters*) E. Silvestri, opera citata, pagina 7. Sulla difficoltà di ovviare alle storture dell'opt-in e sulla preferibilità dell'opt-out, capace di dar vita a grandi azioni di classe, E- Ferrante, "*Diritti soggettivi e processo di massa*" citata, pagine 77-78. L'A., inoltre, mette in luce la convenienza del meccanismo adesivo di autoesclusione per il convenuto, il quale, difendendosi simultaneamente contro tutti i potenziali danneggiati in un'unica sede, eviterebbe una pletora di giudizi individuali. Emblematica la qualificazione dell'opt-in quale "peccato originale" di tutte le costruzioni legislative italiana sui procedimenti collettivi di B. Sassani, "*Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 3*1", Pacini, Pisa, 2019, Introduzione. A. D. De Santis, "*Il procedimento*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 346, non manca, però, di ricondurre il fallimento applicativo della previgente disciplina anche alla tendenza delle associazioni consumeristiche di mal gestire il conferimento da parte dell'attore della rappresentanza processuale.

[524] Vedi *infra*. A. Giussani, ultima opera citata, pagina 161, rimarca la possibilità di desumere un consenso tacito, da parte dei potenziali aderenti, in merito alla azione di classe, previa adeguata informazione e consapevolezza della facoltà di auto-esclusione. Su tale compatibilità anche G. Gerardo, "*Comparazione tra la disciplina della class action nel diritto statunitense e l'azione di classe italiana alla lice della legge n. 31 del 2019*" in "*Judicium*", 16 settembre 2020 pagina 14.

[525] Deve senz'altro evidenziarsi la lacunosità della norma in parola, la quale non enuclea il contenuto del ricorso, circostanza deprecabile trattandosi di un atto introduttivo di un giudizio, specialmente se si considera l'attenzione profusa dal legislatore del 2019 e, ma solo superficialmente, del 2023 nella determinazione contenutistica della domanda di adesione. P. Farina, "*La riforma della disciplina dell'azione di classe e l'esecuzione forzata collettiva*" in "*Rivista dell'esecuzione forzata*", 3/2019, pagina 658, F. Tedioli, "*Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile*" citata, pagina 1415, criticano la lacuna normativa con riferimento al contenuto del ricorso introduttivo. G. Scarselli, *"La nuova azione di classe di cui alla l. 12 aprile 2019, n. 31*" in "*Juducium*", pagina, pagina 3, rimarca la criticità di tale lacuna facendo notare come il ricorrente, dopo la proposizione del ricorso, stando alla lettera della legge, non avrebbe altri atti per spiegare la propria linea di azione; di conseguenza, il ricorso deve essere completo con riferimento alla procedura tutta, e non solo con riguardo alla fase di ammissibilità. E, proprio per tale ragione, la legge avrebbe dovuto enucleare il contenuto dell'atto introduttivo. Nello stesso senso ID, "*La nuova azione di classe*" in "*La responsabilità del produttore*" a cura di G. Alpa, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pagine 666 e 669. Con riguardo al contenuto del ricorso introduttivo. C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c."* citata, pagina 725, ritiene probabile la concessione alle parti di termini per memorie per la trattazione e l'istruzione della controversia, altrimenti la formulazione delle argomentazioni inerenti ad ammissibilità e fondatezza dell'azione dovrebbero essere tutte contenute negli atti introduttivi.

A. Amidei, "*L'ammissibilità dell'azione di classe fra omogeneità dei diritti individuali azionati e garanzie di adeguata gestione del processo*" in "*Class action ed azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*", a cura di U. Ruffolo, 2021, pagina 72, rimarca come il ricorrente debba dimostrare che la domanda avanzata sia in grado di incidere su diritti individuali omogenei, ovverosia su situazioni giuridiche potenzialmente comuni a un numero imprecisato di altri soggetti, trovantisi nella medesima posizione del ricorrente. Quest'ultimo, cioè, sarebbe tenuto a provare la serialità delle questioni prospettate, ma non l'esistenza delle singole situazioni soggettive né l'elevato numero dei potenziali aderenti. *Contra*, su quest'ultimo inciso, A. D. De Santis, "*Il procedimento*" in "*Le nuove forme di tutela collettiva*" in "*foro it*.", 2019, pagina 352, secondo il quale il vaglio di ammissibilità non può prescindere dalla numerosità dei possibili aderenti.

[526] Si noti come, opportunamente, la disciplina delle azioni rappresentative e quella delle azioni di classe, a differenza di quanto avviene negli ordinamenti tedesco e statunitense, non attribuisca alcun rilievo alla componente numerica della classe. E difatti l'imposizione di soglie quantitative minime in punto di adesioni rischierebbe di insterilire ulteriormente le prospettive applicative di meccanismi procedurali che già stentano a allignare nel nostro sistema giuridico. G. Caruso, *La nuova azione di classe: una peinture d'impression*" in "*Judicium*", 14 luglio 2020, pagina 11, nota come non avrebbe comunque avuto utilità alcuna un giudizio di ammissibilità che involgesse anche la componente numerica della classe,

ovverosia: a) la manifesta infondatezza; b) la mancanza di elementi necessari ad individuare il gruppo di consumatori interessati dall'azione rappresentativa[527]; c) la carenza di omogeneità dei diritti individuali per i quali si richiedono i provvedimenti compensativi di cui all'art. 140-novies[528]; d) ove l'ente, a seguito di contestazione del convenuto, risulti privo dei requisiti necessari per la legittimazione ad agire[529], e) per sussistenza di un conflitto di interessi, in particolare nell'evenienza in cui il finanziatore dell'azione sia un concorrente del convenuto ovvero dipenda da quest'ultimo[530]; f) se l'oggetto sociale dell'ente ricorrente non giustifica

posto che le dimensioni della stessa possono aumentare -e, aggiungiamo, diminuire, nell'ipotesi di revoca delle adesioni- nel corso del giudizio.

[527] Causa di inammissibilità, questa, in linea con il compito dell'ente legittimato di perimetrare il gruppo di consumatori danneggiati o potenzialmente tali. Poco opportuno, però, sembra l'utilizzo della preposizione "da" con riguardo alla azione rappresentativa, evocando l'incidenza degli effetti del provvedimento giudiziale. Sarebbe stato più consono, invece, stante la procedura di adesione e la conferma del sistema adesivo di opt-in, impiegare una espressione quale "interessati all'azione rappresentativa".

[528] Il requisito della omogeneità, che il legislatore nazionale ha ancora una volta ritenuto non meritevole di una definizione, costituisce la causa di differenziazione tra le azioni rappresentative inibitorie e quelle compensative. E tuttavia, al riguardo, occorre precisare come il presente decreto legislativo preveda un filtro di ammissibilità per entrambe le tipologie di azioni, rischiando, così, di compromettere l'efficacia della tutela inibitoria, fondata sulla celerità. Di contro, l'art. 840-sexiedecies c.p.c., pur configurandosi come monco in termini di previsione di regole procedurali applicabili, risponde maggiormente alle esigenze inibitorie, non prevendo alcun tipo di valutazione preliminare di ammissibilità. La norma citata, infatti, rinvia soltanto all'art. 840-quinquies c.p.c., donde le problematiche di individuazione del rito applicabile. Sul fatto che il filtro di ammissibilità può non ritenersi necessario per il giudizio inibitorio, in considerazione delle esigenze di celerità, nonché sulla opportunità di ridimensionarne la rilevanza per le azioni risarcitorie, stante la legittimazione esclusiva degli enti, si veda A. Di Landro, ultima opera citata, pagina 995.

[529] Questa, sicuramente, si presta ad essere una delle argomentazioni difensive che spenderà immediatamenteil convenuto; però, posto il controllo a monte in sede pubblicistica sul possesso di tali requisiti in capo all'ente, l'onere dimostrativo ricadente su quest'ultimo non sarà di certo agevole.

[530] Fortunatamente, in questo caso, il legislatore non si è limitato a riprodurre acriticamente la causa di inammissibilità per conflitto di interessi di cui all'art. 840-ter c.p.c., la quale, oltre ad essere alquanto generica, è fondamentalmente illogica. La conflittualità di interessi viene infatti ricondotta al ricorrente e resistente, i quali si trovano fisiologicamente in conflitto tra loro (donde la previsione, in favore degli aderenti, di una apposita causa di revocazione nell'evenienza di collusione tra i predetti). Inoltre, evitando qualsivoglia dubbio al riguardo, la lettera e) prevede l'obbligatorietà del rilievo di ufficio di suddetto conflitto e l'assegnazione di un termine entro cui l'ente deve rifiutare ovvero modificare il finanziamento (*rectius* le condizioni del finanziamento). Anche se la legge non lo precisa, riteniamo debba trattarsi di un termine perentorio. Si tratta di imposizioni finalizzate a garantire le ragioni dei consumatori, i quali, nel caso di declaratoria di inammissibilità della domanda (che si atteggia a *extrema ratio*), rimarrebbero privi della tutela rappresentativa e dei suoi benefici in termini di agevolazione di accesso alla giustizia. Con riferimento alla vaghezza delle cause di inammissibilità del confitto di interessi e della adeguata cura dei diritti individuali omogenei nella disciplina delle azioni di classe G. Caruso, "*La nuova azione di classe: una peinture d'impression*" in "*Judicium*", 14 luglio 2020, pagine 3-10, il quale, opportunamente, evidenzia come la dimostrazione in merito alla capacità di curare gli interessi degli aderenti si atteggi a *probatio diabolica*, posto che la legge non enuclea alcun parametro su cui fondare la valutazione in parola. F. Tedioli, "*Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile*" in "*Studium iuris*", 12/2019, pagina 1415, sostiene che, a causa della sua indeterminatezza, il requisito sulla adeguata cura degli interessi si presta a costituire un freno all'operatività dell'azione di classe. In tal senso anche G. Ponzanelli, "*La nuova class action*" in "*Danno e responsabilità*", 3/2019, pagina 318, parla di freno alla operatività dell'istituto, ma con riferimento al vago requisito del difetto di conflitto di interessi. Sulla formulazione illogica della causa di inammissibilità del conflitto di interessi A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagine 1581-1582, anche perché l'esperienza applicativa restituisce quale ipotesi di conflittualità più verosimile quella tra ricorrente e aderenti. Ad ogni modo, l'A. reputa sproporzionata la sanzione della inammissibilità in conseguenza di un abuso processuale, quale appunto l'agire in giudizio per scopi diversi dall'accoglimento della domanda. Sulla illogicità del motivo di inammissibilità del conflitto di interessi F. Cossignani, "*L'ammissibilità della domanda nell'azione di classe*" in *"La class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019, pagina 2302, il quale ritiene che la disposizione in parola debba intendersi come un riferimento alla collusione tra ricorrente e resistente, ancorché tale lettura implicherebbe una limitazione eccessiva all'applicazione del motivo di inammissibilità in parola, ovvero alla conflittualità tra ricorrente e

l'esercizio dell'azione[531]. L'ordinanza sulla ammissibilità viene poi pubblicata, a cura della cancelleria, entro quindici giorni dalla pronuncia, sull'area pubblica dei servizi telematici, come previsto dall'art. 840-ter c.p.c. per le azioni di classe. Nel caso in cui la declaratoria di inammissibilità della domanda consegua alla manifesta infondatezza della stessa, l'azione è riproponibile al verificarsi di mutamenti delle circostanze o per la deduzione di nuove ragioni di fatto o di diritto[532]. Si applicano altresì i commi 7 e 8 dell'art. 840-ter c.p.c. sul procedimento di reclamo innanzi alla Corte di appello e sulla regolamentazione delle spese[533].

---

aderenti. A. Amidei, "*L'ammissibilità dell'azione di classe fra omogeneità dei diritti individuali azionati e garanzie di adeguata gestione del processo*" in "*Class action ed azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*", a cura di U. Ruffolo, 2021, pagine 94-95, ritiene che il motivo sul conflitto di interessi debba riferirsi ad una conflittualità tra ricorrente e aderenti, ciò al fine di evitare accordi collusivi tra ricorrente e resistente, volti a ottenere una sentenza di rigetto o ad aprire la strada a interferenze del convenuto sulla gestione della controversia, nonché per assicurare che il proponente si trovi nelle condizioni di difendere gli interessi dei componenti della classe. L'A. parla del rischio che azioni scientemente deboli, cioè infondate, vengano utilizzate come "cavalli di Troia" per intralciare iniziative giudiziarie sui medesimi fatti con maggiori possibilità di accoglimento. Riguardo al conflitto di interessi, poi, essenziale è il rilievo di F. De Dominicis, "*I numeri e lo stato dell'arte dei primi dieci anni di vita dell'istituto*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 271, sulla mancata previsione di soluzioni legislative nell'ipotesi di insorgenza di un conflitto di interessi dopo il superamento del filtro di ammissibilità.

[531] Tale causa di inammissibilità, interpretabile, in un certo senso, come clausola di salvaguardia ultima, risulta in realtà di difficile comprensione. In presenza dei controlli ai fini della iscrizione all'elenco degli enti legittimati, non si comprende perché debba essere il giudice adito ad effettuare una nuova valutazione sull'oggetto sociale dell'ente.

[532] La relazione illustrativa specifica che il giudizio di manifesta fondatezza/infondatezza presuppone una valutazione di merito. Conseguenza inevitabile della mancata previsione della ricorribilità per Cassazione dell'ordinanza di inammissibilità, quindi, non poteva che essere la riproponibilità della domanda. E, del resto, per le altre ipotesi di inammissibilità non si prospettava come necessaria una previsione di tal fatta posto il carattere eminentemente processuale della pronunzia. Ed infatti, non sussistono dubbi sulla qualificabilità della ordinanza di inammissibilità per motivi diversi dalla manifesta infondatezza quale pronuncia esclusivamente processuale. Sulla produzione del solo giudicato formale da parte di una pronunzia di rito *ex plurimis* Cass. 16 dicembre 2014, n. 26377.

U. Corea- M. L. Guarnieri, opera citata pagina 8, deducono da tali presupposti per la riproponibilità della domanda, i quali riproducono il disposto dell'art. 669-septies c.p.c., che la ordinanza di inammissibilità copra solo il dedotto e non il deducibile. Sul parallelismo con l'art. 669-sepites c.p.c., nonché sul fatto che il riferimento a suddetto mutamento delle circostanze sia chiaramente mutuato dalla disciplina cautelare, si vedano anche F. Cossignani, "*La ammissibilità della domanda nell'azione di classe*" in "*La class action riformata"* a cura di A. Carratta pubblicata in "*Giurisprudenza italiana"*, 2019, pagina 2303, D. Dalfino, "*Le impugnazioni*" in "*Class action e zione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 312*", a cura di U. Rufolo, 2021, pagina 190, e F. Elefante, "*Giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 50, il quale, inoltre, sostiene che, non essendo l'ordinanza di inammissibilità di tipo decisorio, alla luce dell'accertamento solo sommario, il proponente può agire individualmente oppure aderire ad una azione di classe da altri proposta.

[533] Considerato il contenuto della norma in esame, salvi precipui motivi di inammissibilità connessi alla matrice rappresentativa delle azioni disciplinate, non si comprende perché il legislatore, in sede di recepimento, non si sia limitato a rinviare in toto all'art. 840-ter c.p.c., posto che ne è stato riprodotto integralmente il contenuto. E peraltro, quest'ultima mancanza fa sorgere un dubbio anche in punto di inammissibilità della domanda per inadeguata capacità da parte dell'ente proponente di curare i diritti individuali omogenei. E infatti, la lettera d) dell'art. 140-septies, comma 8, parla difetto dei requisiti necessari per la legittimazione ad agire in capo all'ente, enucleati nell'art. 140-quinquies. Ora, indubbiamente, potrebbe anche sostenersi che la valutazione sulla cura adeguata dei diritti individuali potrebbe avvenire a monte, in sede di controllo amministrativo propedeutico alla designazione. Tuttavia, non è da escludere che tale inadeguatezza possa sorgere anche soltanto con riferimento alla singola iniziativa giudiziaria. F. Cossignani, F. Cossignani, "*L'ammissibilità della domanda nell'azione di classe*" in *"La class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019, pagina 2302, e A. D. De Santis, "*Il procedimento*" in "*Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di B. Sassani, Pisa, 2019, pagina 98, e ID A. D. De Santis, "*Il procedimento*" citata, pagina 352, ritengono che la adeguatezza non debba riferirsi alla solidità finanziaria del ricorrente, bensì alle sue qualità soggettive, considerati gli incentivi economici e le agevolazioni istruttorie previste dalla legge. Malavasi – G. Ricciardi,

Pertanto, il giudizio sulla manifesta infondatezza dell'azione si riconferma essere un giudizio sommario[534] e in diritto, che si attaglia ad una valutazione prognostica da parte del giudice sulla possibilità di accoglimento della domanda proposta[535].

"*La nuova class action: analisi delle principali disposizion*i" reperibile sul sito db approfondimenti, pagine 28-29, escludono che la valutazione della adeguatezza nella cura dei diritti individuali omogenei possa riguardare le risorse finanziarie del difensore, poiché: il Tribunale non può valutare i mezzi finanziari del difensore né la sua esperienza e competenza, non avendone titolo; la scelta dell'avvocato è un diritto del ricorrente e, dunque, non può essere sindacata dal giudice; non è ipotezzabile un sistema di ammissibilità delle domande giudiziali dipendente dalla qualità soggettive del difensore. Si tratta di argomentazioni per vero fuori segno, dal momento che l'adeguatezza nella cura degli interessi dei diritti individuali omogenei non è di certo riferita al difensore, bensì al ricorrente.

U. Corea- M. L. Guarnieri, opera citata, pagina 7, ritengono che la predetta adeguatezza attenga alle qualità soggettive non solo del ricorrente ma anche dell'avvocato, cioè alla esperienza in materia di azioni di classe. Nonostante, poi, gli Autori citati sostengano la presumibilità di tale idonea rappresentatività per un ente, stante l'iscrizione in un apposito registro –tale argomentazione varrebbe, a maggior ragione, per le azioni rappresentative- bisogna evidenziare come, in realtà, la adeguatezza non può non afferire anche alle risorse economiche e alla razionalità organizzativa della persona giuridica, quantomeno con riguardo alle azioni di classe. Si tratta, infatti, di aspetti che possono certamente incidere sulla modalità con cui viene condotto un giudizio. In aggiunta, il riferimento a generiche e imprecisate "qualità soggettive" implicherebbe una eccessiva discrezionalità decisionale dei giudici e, di conseguenza, precluderebbe la formazione di orientamenti e linee decisorie chiari e costanti sul punto. Sulla necessaria considerazione delle risorse economiche possedute dal ricorrente, chiamato a sostenere una azione complessa e onerosa, nonché su capacità ed esperienza del legale del predetto, D. Amidei, opera citata, pagine 99-100; G. Afferini, "*La nuova azione di classe antitrust*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 135; F. Elefante, "*Giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 49**.** E difatti, tanto nella azione di classe quanto nelle azioni rappresentative, nel giudizio di merito è il ricorrente, con l'ausilio di un avvocato, a farsi portatore degli interessi della classe/gruppo di soggetti rappresentati. Sulla circostanza che l'adeguatezza involga la solidità patrimoniale del promotore dell'azione anche F. De Dominicis, "*I numeri e lo stato dell'arte dei primi dieci anni di vita dell'istituto*" citata, pagina 71. Ad ogni buon conto, possiamo sostenere che il parametro della adeguatezza della cura degli interessi individuali dei danneggiati sia inglobato nella valutazione sulla sussistenza di un conflitto di interessi. G. Gerardo, "*Comparazione tra la disciplina della class action nel diritto statunitense e l'azione di classe italiana alla luce della legge n. 31 del 2019*" in "*Judicium*", 16 settembre 2020, pagine 7 e 10-12, con riferimento al requisito della adeguata rappresentatività, evidenzia come, al pari degli altri requisiti di ammissibilità, si tratti di un elemento manifestante l'influenza del modello statunitense di azione di classe, ove il filtro di ammissibilità è preposto a sondare la adeguatezza del proponente a curare gli interessi della classe. Proprio per questa ragione, negli Stati Uniti la valutazione di ammissibilità risulta più complessa rispetto al giudizio di merito, mentre in Italia tale rapporto sarebbe invertito. A riprova della volatilità del concetto di adeguatezza P. Fiorio ne "*La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*" citata, pagina 15, sostiene che la valutazione in esame, dal punto di vista strutturale, avvenga in sede amministrativa, ai fini della iscrizione all'elenco, potendo il giudice solo valutare la adeguata cura degli interessi nel caso di specie. Più in generale, P. Fiorio ne "*La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*", 2019, consultabile sul sito "*IlCaso.it*", pagina 8, fa notare come occorra un controllo sull'operato del rappresentante della classe, al fine di evitare un disallineamento tra gli interessi di questi e di quelli della classe.

[534] In termini Cass. sez. I, 14 giugno 2012, n. 9772, Cass. Sez. Un. 1 febbraio 2017, n. 2610.

[535] Sul fatto che la non manifesta infondatezza involga una valutazione pronostica *in iure*, ossia sulle argomentazioni giuridiche prospettate, e non sui fatti F. Cossignani, "*L'ammissibilità della domanda nell'azione di classe*" citata, pagina 2301, A. Amidei, opera citata, pagine 75-76. E, del resto, la stessa giurisprudenza propendeva, con riguardo all'art. 140-bis cod. cons., per qualificare tal valutazione quale giudizio di merito sommario, senza ricorrere, però, ad adempimenti o approfondimenti istruttori, dovendosi piuttosto valutare come verosimile la sussistenza dei presupposti di legge; in termini Trib. Roma, ord. 11 aprile 2011, Trib. Napoli, ord. 16 novembre 2011, C. Appello Tornino ord. 27 ottobre 2010, Trib. Venezia ord., 12 gennaio 2016. Tuttavia, occorre precisare che la non veridicità dei fatti emergente dagli atti processuali costituisce un fattore che, pur afferendo alla dimensione fattuale, impone la declaratoria di manifesta infondatezza della domanda. In assenza, poi, di orientamenti ermeneutici sulle questioni giuridiche prospettate dall'azione di classe ovvero di contrastanti letture interpretative in giurisprudenza e dottrina, di certo è da escludere la possibilità che sia dichiarata la manifesta infondatezza; in tal senso si vedano C. App Napoli, ord. 29 giugno 2012, A. Amidei, ultima opera citata, pagina 77, il quale, inoltre, precisa correttamente come la percezione, da parte della autorità giudiziaria, della necessità di espletare accertamenti istruttori dovrebbe logicamente portare a escludere la manifesta infondatezza della domanda. *Contra*, seppur con riferimento al regime previgente -ma si tratta di una argomentazione che riteniamo non intaccata dalla riforma del 2019, vista la sostanziale invarianza dei motivi di inammissibilità- S. Menchini- A. Motto, "*Art. 140 bis*" in

Il legislatore ha anche confermato l'esclusione della ricorribilità in Cassazione dell'ordinanza di inammissibilità conformemente all'arresto delle Sezioni Unite del 2017[536]. Per quella di declaratoria della ammissibilità dell'azione, invece, non si prospettano in concreto rischi di compressione del contraddittorio e del diritto di difesa del convenuto, potendo questi dispiegare le proprie argomentazioni nella fase di merito.

1.3 Provvedimenti inibitori e compensativi.

A mente dell'art. 140-octies, gli enti legittimati possono proporre azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori al fine di ottenere provvedimenti inibitori. Non essendo contemplata per tale tipologia di azione né il conferimento del mandato all'ente ricorrente né un onere di adesione, si prospetta, in linea con il sistema di opt-out, una valenza dell'eventuale decisione giudiziale in favore di tutti i consumatori interessati, ovverosia lesi o che potrebbero subire un nocumento a causa di condotte in violazione della normativa scolpita nell'allegato II-septies. La tutela inibitoria congegnata dal legislatore in sede di recepimento, ancorché contraddistinta da una significativa agevolazione in punto di onere probatorio, non si discosta dalla disciplina della azione inibitoria collettiva di cui all'art. 840-sexiesdecies, cui rinvia. In particolare, il comma 7 prevede l'applicazione dei commi settimo e ottavo di quest'ultima disposizione, inerenti a *enforcement* ed effettiva attuazione della pronunzia inibitoria. A mente del citato comma 7, infatti, su domanda di parte o del pubblico ministero, a cui deve notificarsi il ricorso introduttivo, il Tribunale può ordinare alla parte soccombente, unitamente alla condanna alla cessazione della condotta lesiva, commissiva o omissiva, di adottare le misure idonee atte a eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate[537], nonché, sempre su istanza di parte, a diffondere il provvedimento condannatorio, nei modi e tempi dallo stesso definiti, mediante l'utilizzo dei mezzi di comunicazione reputati

"*judicium*", pagin 33 e ID *"L'azione di classe dell'art. 140 bis cod. consumo"* in "*NLCC*", 2010, secondo i quali potrebbe essere opportuno assumere prove anche nella fase di ammissibilità. Tuttavia, preme sottolineare come tale evenienza, oltre a confliggere con il carattere sommario del giudizio, finirebbe per frustrare la funzione dello stesso, cioè individuare, in un'ottica di celerità, quali sono le domande manifestamente infondate.

[536] Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 1° febbraio 2017, n. 2670, per la cui analisi si veda il capitolo I. Dello stesso segno Cass. 23 ottobre 2018, n. 26725.

[537] La previsione in parola, pur non essendo espressamente scolpita nel corpo dell'art. 140-octies, è certamente applicabile posto il rinvio ai commi 7 e 8 dell'art. 840-sexiesdecies. Non sussistono, di conseguenza, i dubbi sulla portata applicativa delle misure in parola esternati da A. Di Landro, ultima opera citata, pagina 997.

più appropriati[538]. Sempre in linea con il disposto dell'art. 840-sexiesdecies, è prevista l'applicazione dell'istituto di esibizione probatoria di cui all'art. 840-quinquies c.p.c., segnatamente dal comma 4 al comma 14[539].

Volgendo ora lo sguardo alle norme che differenziano la disciplina in esame da quella collocata nel codice di rito, si possono evidenziare una massiccia semplificazione dell'onere probatorio in capo all'ente ricorrente e l'introduzione di norme su misure inibitorie urgenti. Con riferimento al primo profilo, l'ente designato è totalmente esonerato dall'onere dimostrativo dell'elemento soggettivo della condotta denunziata e dei danni subiti dai singoli consumatori. Con riguardo a quest'ultimo inciso non si prospettano criticità, posto che la tutela inibitoria è invocabile anche prima che si verifichino materialmente dei danni[540]. Di contro, però, l'obliterazione dell'onere probatorio in punto di dolo o colpa del professionista convenuto rischia di lesionare il diritto di difesa di quest'ultimo, specialmente perché il legislatore non ha specificato il carattere di tale presunzione. Riteniamo, però, che, fermo restando il fatto che sarebbe stata potenzialmente più congrua una previsione di presunzione della sola colpa[541], sia incontrovertibile riconoscere alla parte resistente il diritto a fornire una prova contraria, di certo più complessa, non potendo essere formulata come controdeduzione alle allegazioni del ricorrente. Colmando una lacuna della inibitoria collettiva disciplinata dal codice di rito, poi, l'art. 140-octies accoglie la tutela inibitoria cautelare. In particolare, al ricorrere dei giusti[542] motivi di urgenza, gli enti legittimati possono richiedere, in corso di causa, un provvedimento provvisorio atto a far cessare una condotta omissiva o commissiva ovvero a inibire la reiterazione di un comportamento che appaia costituire una violazione

[538] Può immaginarsi, dunque, un ordine di pubblicazione del provvedimento inibitorio sul sito web della parte soccombente ovvero, nell'ipotesi di illeciti contrattuali, una comunicazione personalizzata dello stesso tramite mail ai singoli consumatori interessati.

[539] Non è cioè prevista l'applicazione dei commi deputati alla disciplina della prosecuzione del giudizio di classe (*id est* fissazione del termine perentorio per le adesioni, istruttoria deformalizzata, eventuale nomina di un consulente tecnico d'ufficio, con onere per la parte convenuta di anticipare le spese per il compenso di questi) e del sistema probatorio (vale a dire la possibilità di avvalersi di dati statistici e presunzioni semplici), a seguito dell'ordinanza di ammissibilità.

[540] Del resto, rimanendo nell'alveo degli illeciti di massa, e segnatamente in relazione a quelli antitrust, l'art. 14 del d.lgs. 3/2017 scolpisce la presunzione, salvo prova contraria dell'autore della violazione, del danno da cartello. A tale conclusione, per la verità, era pervenuta la Corte di Cassazione già prima del recepimento della direttiva UE sulle azioni risarcitorie da danno antitrust. Il riferimento è a Cass.28 maggio 2014, n. 11904 e Cass. 30 maggio 2014, n. 12186, in cui si parlava di astratta idoneità delle condotte anticoncorrenziali a cagionare danni. Di conseguenza il giudice, attraverso un ragionamento presuntivo-probabilistico basato sulle allegazioni della parte ricorrente, poteva riscontrare il nesso eziologico tra fatto illecito e danno, rimanendo, invece, l'onere di prova dell'ammontare del pregiudizio sull'attore. E indubitabilmente un regime di favore di tal fatta per azioni risarcitorie (o compensative, secondo la terminologia del presente decreto legislativo) non poteva non trovare applicazione in sede inibitoria.

[541] Sul modello (generalizzabile) dell'art. 2600 c.c.

[542] L'utilizzo di questo attributo, in teoria, dovrebbe corrispondere al *fumus boni iuris*, ossia alla fondatezza *prima facie* della richiesta avanzata, la quale deve essere motivata.

delle disposizioni di cui all'art. 140-ter comma 2 (vale a dire del contenuto dell'allegato II-septies). A tal fine si prevede l'applicazione dei seguenti articoli del rito cautelare: 669-quater, primo, secondo e quarto comma, 669-sexies, 669-octies, ottavo e nono comma, 669-decies, primo comma, 669-duodecies e 669-terdecies del codice di procedura civile. La disciplina tratteggiata pare consentire un più agevole accesso ai provvedimenti urgenti e provvisori[543] rispetto a quanto previsto dall'art. 840-sexiesdecies c.p.c. Ed invero, nell'alveo della tutela inibitoria collettiva di cui al codice di rito, in assenza di una precipua disposizione in tal senso, possono chiedersi misure urgenti e provvisorie mediante il ricorso all'art. 700 c.p.c., il quale, a differenza dell'art. 140-octies, esige un pregiudizio imminente e irreparabile. Per la verità, sarebbe possibile dare una diversa lettura alla norma del codice del consumo, reputando il *periculum in mora* un requisito implicito, ma comunque necessario per i provvedimenti richiesti. In senso contrario, però, si deve rilevare come già per la decisone inibitoria definitiva non occorra la prova del danno, circostanza che porterebbe ad escludere l'occorrenza di un potenziale nocumento agli interessi dei consumatori o meglio una inversione dell'onere probatorio su tale frangente[544].

Infine, occorre menzionare una criticità della tutela inibitoria rappresentativa che rischia di frustrare ratio ed effettività della stessa. In linea con quanto previsto dalla direttiva, la proposizione della azione rappresentativa finalizzata a una sentenza inibitoria è subordinata ad una condizione di procedibilità, consistente nel decorso di quindici di giorni dalla data in cui l'ente ha richiesto in via stragiudiziale[545] al professionista la cessazione del comportamento lesivo degli interessi di consumatori e utenti[546]. Tale condizione di procedibilità costituisce un ostacolo inane alle iniziative giudiziali rappresentative, che il presente decreto dovrebbe incentivare[547]. A tutto voler concedere, infatti, un tale onere

[543] Il comma 6 dell'art. 140-octies precisa infatti che i provvedimenti in parola perdono efficacia nell'ipotesi di inammissibilità -anche nell'ipotesi di reclamo avverso l'ordinanza ai sensi dell'art. 669-terdecies c.p.c.- o rigetto della domanda di una pronuncia inibitoria con sentenza, ancorché non irrevocabile.

[544] Si dovrebbe cioè consentire alla parte convenuta, al fine di paralizzare la richiesta di provvedimenti urgenti e provvisori, di dimostrare l'insussistenza di un pericolo che gli interessi collettivi dei consumatori siano lesi.

[545] E segnatamente a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento ovvero a mezzo pec o altro servizio elettronico di recapito certificato e qualificato. Sul punto, si sottolinea come sarebbe stato sufficiente prevedere la comunicazione tramite pec ovvero mezzi telematici equivalenti, in linea con il processo civile telematico e, soprattutto, con l'esigenza di evitare di far gravare sull'ente ricorrente costi sin da prima che venga incardinato un giudizio.

[546] Da notare come la figura dell'utente, non menzionata tra le definizioni di cui all'art. 140-ter, faccia la propria compresa solo nell'ultimo comma dell'art. 140-octies.

[547] C. Silvestri, "*La tutela collettiva in Europa: la action de groupe francese*" in"*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 229, dà conto del fatto che una condizione di procedibilità di tal fatta, consistente in una messa in mora stragiudiziale nei confronti della futura parte convenuta, sia prevista anche dalla normativa francese.

preprocessuale poteva immaginarsi come congruo in assenza di un sistema di agevolazioni in sede processuale per l'ente ricorrente, circostanza, questa, non riscontrabile nel caso di specie, considerato il regime probatorio sopraesposto. E inoltre, da un punto di vista strettamente pragmatico, questa preliminare ingiunzione a cessare la condotta è destinata verosimilmente a rimanere inascoltata. Di conseguenza, si assiste a un differimento della azione rappresentativa, con il rischio il nocumento potenziale degli interessi dei consumatori trovi poi concretizzazione[548].

Prendendo ora in considerazione i provvedimenti compensativi, bisogna evidenziare come il novero dei rimedi richiedibili con una azione rappresentativa sia più ampio rispetto a quanto previsto dalla disciplina processuale delle azioni di classe[549]. Ed invero, oltre alla richiesta di risarcimento danni, l'iniziativa giudiziale può essere volta all'ottenimento di una condanna di tipo restitutorio ovvero al rimborso del prezzo pagato, alla sostituzione o riparazione del prodotto, alla riduzione del prezzo[550]. Il procedimento si regge sulle disposizioni del titolo VIII-bis del codice di rito, visto il rinvio in blocco alle stesse, in particolare dall'art. 840-quater all'art. 840-terdecies e all'art. 840-quinquiesdecies.

In conformità a quanto predisposto dalla direttiva e, prima ancora, dal legislatore nazionale con la legge 31/2019, il giudice è chiamato a determinare un contributo di "modesta entità" ai sensi dell'art. 840-sexies, comma 1 lettera h), c.p.c.[551]; è esclusa, però, l'applicazione del comma 3 del medesimo articolo. Quest'ultima disposizione, relativa alla figura del rappresentante comune degli aderenti, non contemplata dal decreto legislativo di recepimento, fa anche riferimento alla inefficacia della adesione. Essa opera di diritto ed è rilevabile d'ufficio, nell'ipotesi di mancato versamento del predetto contributo in danaro. Di conseguenza, posto il richiamo precipuo e chirurgico effettuato dall'art. 140-novies, si è

[548] Peraltro, bisogna evidenziare l'incoerenza della scelta di imbastire siffatta condizione di procedibilità, la quale, lo si ribadisce, potrebbe essere deleteria per la posizione dei consumatori, posto che il legislatore ha escluso, parallelamente a quanto avveniva con riferimento alla precedente inibitoria prevista dal codice del consumo all'art. 140, la non operatività dell'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione *ex* D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

[549] Con riferimento alla disciplina del 2019, A. A. Dolmetta, "*Profili emergenti nelle azioni di classe*", testo che riproduce la relazione tenuta dall'A. al convegno "*La nuova tutela collettiva: azioni di classe e inibitorie*", Roma, 6 luglio 2019, pagina 3, notava come mancasse la tutela di tipo correttivo-eliminativo, contemplata, invece, dall'abrogato art. 140 cod. cons. ("adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate", in termini l'abrogato art. 140 cod. cons., lettera b). Tecnicamente tale tipo di tutela potrebbe essere riconducibile ai rimedi compensativi, seppur in modo parziale, non sussistendo una formulazione ampia capace di attribuire al giudice uno spazio di manovra finalizzato alla tutela dei soggetti danneggiati

[550] La previsione di rimedi tipicamente contrattuali costituisce, per la verità, una scelta obbligata, considerato l'ambito applicativo della disciplina in esame di cui all'allegato II-septies.

[551] A differenza di quanto previsto dalla disciplina sull'azione di classe, poi, il giudice non ha la facoltà di integrare le somme dovute da parte dei singoli aderenti.

portati a escludere l'operatività di suddetta inefficacia[552]. L'utilizzo dell'espressione "modesta entità", poi, conferisce un certo margine di discrezionalità all'autorità adita, ancorché sarebbe stato più opportuno, in sede di recepimento, astringere il predetto contributo all'interno di una cornice predeterminata *ex lege*. Persiste, infatti, il rischio di mutevolezza della entità del contributo e della sua qualificazione quale esigua o meno.

Sempre in linea con la disciplina dell'azione di classe e con la matrice rappresentativa delle azioni, i singoli consumatori non sono onerati delle spese del giudizio in caso di soccombenza, a meno che non sussistano mala fede o colpa grava, ovverosia condotte artatamente preposte a danneggiare la posizione del convenuto, ad esempio con inani lungaggini processuali. Teoricamente, dovrebbe poter trovare applicazione anche l'art. 96 c.p.c. sulla responsabilità aggravata, trattandosi di norma generale, operante ancorché non espressamente richiamata. È pur vero, però, che la responsabilità dei singoli consumatori per le spese di giustizia, nell'ipotesi di soccombenza, costituisce di per sé una norma eccezionale, posto che di regola i predetti non sono chiamati a risponderne, non essendo parti ed essendo, dunque, privi di qualsivoglia potere e onere processuale.

1.4 Accordi di natura transattiva.

L'art. 140-decies è dedicato agli accordi di natura transattiva. In particolare, sino alla discussione orale della causa, l'ente legittimato e il professionista convenuto in giudizio possono "depositare congiuntamente al tribunale"[553] una proposta di transazione ovvero di conciliazione concernente la domanda finalizzata all'ottenimento di provvedimenti

[552] Soluzione, peraltro, assolutamente opportuna, posto che la previsione della inefficacia non sanabile per il mancato versamento di una somma in danaro, che assume problematicamente la veste di una tassa di iscrizione alla classe, si configurava come eccessiva. Con riferimento alla disciplina delle azioni di classe, la quale prevede la medesima contribuzione in danaro, A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagina 1597, parla proprio di quota di iscrizione alla classe. A. D. De Santis, "*L'adesione*" in "*Foro it*", 2019, pagina 359 ricorda l'illegittimità di disposizioni subordinanti l'accesso alla giustizia al pagamento di una somma di danaro; in termini Corte cost. 29 novembre 1960, n. 67. In questo senso anche G. Scarselli, "*La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*" in "*Judicium*", pagina 12 e ID "*La nuova azione di classe*" citata, pagina 680. A. Giussani, "*La fase di determinazione del quantum nella nuova azione di classe*" in *"La class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019, pagina 2323, evidenzia il parallelismo tra il versamento delle somme da parte degli aderenti e la *cautio pro expensis*, notando, però, come, diversamente dall'istituto di cui all'art. 98 c.p.c., il contributo in danaro non dipende da condizioni soggettive ed è facoltativo, stante la facoltatività della adesione. R. Simone, "*Aspetti culturali e applicativi della class action*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 122, pur non negando dubbi sulla legittimità incostituzionale della disposizione in parola, evidenza come la stessa sia la inevitabile conseguenza della clausola di invarianza finanziaria e della assenza di previsioni di legge contemplanti un onere generalizzato dei costi della procedura in capo al resistente.

[553] Una formulazione di tal fatta induce a dubitare seriamente della competenza giuridica, nonché della conoscenza della lingua italiana, dei redattori del decreto legislativo in esame.

compensativi *ex* art. 140-novies. Con riferimento alla componente soggettiva dell'accordo transattivo e/o conciliativo, però, bisogna evidenziare come, a differenza della prima finestra processuale deputata, in seno alla disciplina processuale della azione di classe, alla potenziale risoluzione extragiudiziale della controversia, l'attuale disciplina potrebbe avere maggiori prospettive applicative. Ed invero, le redini della negoziazione finalizzata alla conciliazione o ad una transazione sono nelle mani dell'ente designato, rappresentante gli interessi collettivi dei consumatori, i quali dovrebbero essere chiamati a manifestare una dichiarazione adesiva. Nell'evenienza in cui sia raggiunto tale accordo, dovrebbe (ferma restando la necessità della valutazione e della autorizzazione del giudice), in teoria, cessare la materia del contendere. Di contro, l'art. 840-bis c.p.c. riconduce le prospettive conciliative all'iniziativa di ricorrente, il quale può essere una singola persona fisica, e resistente, con conseguente limitazione dell'oggetto del possibile accordo al diritto individuale del primo[554].

Il secondo comma dell'art. 140-decies prevede poi che il tribunale, sino all'udienza di discussione orale, sentiti ente designato e convenuto, può invitare i predetti a raggiungere una transazione entro un termine ragionevole. Tralasciamo le criticità che potrebbero scaturire dall'attribuzione al giudice di un potere discrezionale particolarmente ampio in punto di determinazione del tempo attribuito alle parti per tentare una conciliazione. Non si riesce a comprendere perché il legislatore non abbia optato, come già in altre sedi del presente decreto, a riprodurre la disciplina della azione di classe, segnatamente l'art. 840-quaterdecies, il quale, a sua volta, riporta la formulazione dell'art. 185 c.p.c., consentendo, però, la formulazione della proposta conciliativa da parte del giudice sino alla discussione orale della causa[555]. Ed invero la mancanza di prerequisiti, quali la natura del giudizio, il valore della controversia e la sussistenza di questioni di facile e pronta soluzione, che orientino l'iniziativa officiosa del giudice potrebbe condurre a due eccessi contrapposti. Da una parte, la disposizione in parola potrebbe rimanere lettera morta, non avendo il tribunale alcun appiglio normativo su cui agganciare una eventuale proposta conciliativa e trovandosi a dover affrontare controversie

[554] E peraltro, posto che coloro i quali abbiano già aderito all'azione di classe possono costituirsi in giudizio, sostituendosi al ricorrente che abbia transatto, l'estinzione del processo non consegue alla cessazione della materia del contendere, bensì all'inerzia/inattività degli aderenti. Ad ogni modo, anche nella disciplina in parola gli aderenti precoci possono dichiarare di volersi avvalere della conciliazione, ancorché il convenuto non abbia concreti incentivi a tentare di percorrere la via della tacitazione stragiudiziale della contesa in tale fase del processo.

[555] Il fatto che il *limen* temporale sia proprio quello della discussione orale e non già la prima udienza ovvero il momento di esaurimento dell'istruttoria *ex* art. 185-bis c.p.c., comprova che il modello di riferimento dell'art. 140-decies sia stato proprio l'art. 840-quaterdecies. E per tale ragione la disposizione del decreto di recepimento si configura come lacunosa e manchevole di fondamentali presupposti giuridici che orientino la iniziativa del giudice.

altamente complesse. Dall'altra, v'è il rischio di uno smodato e spropositato ricorso, in forza dell'ampia discrezionalità attribuita al giudice, alla formulazione di proposte di conciliazione o transazione, destinate, però, a non sfociare in accordi tra le parti alla luce della complessità della controversia e, soprattutto, dello stadio iniziale in cui si trova il processo rappresentativo. Tuttavia, il comma 4 dell'art. 140-decies, fa salva l'applicazione dell'art. 840-quaterdieces "in quanto compatibile". E al riguardo, allora, può ritenersi applicabile quest'ultima disposizione quale riempitivo della norma consumeristica, al fine di delimitare i presupposti in presenza dei quali il giudice può tentare di far giungere le parti ad un accordo transattivo e/o conciliativo. La norma in esame prosegue poi con una acritica e monca riproduzione del contenuto della direttiva UE[556], prevenendo che il giudice valuti se la proposta avanzata dalle parti non contrasti con norme imperative, non contenga clausole ovvero obblighi non eseguibili, tenuto conto dei diritti e degli interessi di tutte le parti, in particolare di quelli dei consumatori interessati. In considerazione di quest'ultimo inciso, ci troviamo innanzi ad un controllo di merito della proposta di tacitazione stragiudiziale della lite. E tuttavia, se l'intento dei legislatori europeo e nazionale era quello di favorire il ricorso a strumenti di tacitazione extragiudiziale della controversia, con conseguente accelerazione dei tempi processuali e risparmio delle risorse giurisdizionali, appare poco ragionevole imbastire una forma di controllo transattivo di tipo sostanziale. Sarebbe stato, infatti, sufficiente valorizzare l'adeguatezza dell'ente rappresentativo, già peraltro sottoposta ad un vaglio giudiziale in sede di valutazione di ammissibilità, oltre che, a monte, in sede amministrativa. È pur vero, però, che, in considerazione della generalizzata autorizzazione di procedure di finanziamento delle controversie seriali da parte di terzi (peraltro totalmente sprovvista di qualsivoglia limite o cautela), il controllo di merito, e quindi l'autorizzazione da parte del giudice sulle proposte transattive e/o conciliative può considerarsi come opportuno, rendendo possibile intercettare potenziali conflitti di interesse[557]. Infine, si prevede l'operatività del comma terzo dell'art.

[556] La direttiva 2020/1828, infatti, all'art. 11 non si limita a far riferimento a clausole e obblighi ineseguibili, ma, a riprova di un controllo di tipo sostanziale sulle proposte di tacitazione extragiudiziale della controversia, prevede il potere, in capo l'autorità adita, di rifiutare la proposta transattiva nell'ipotesi di iniquità. Sul fatto che il sistema di controllo approntato a livello europeo abbia una matrice sostanziale, tracimando i limiti della semplice verifica di legalità si veda M. A. Astone, *Le transazioni concernenti i risarcimenti (art. 11 Dir. 2020/1828/UE)*", "*NLCC*", 4/2022, 1096. L'Autrice evidenzia opportunamente come il rinvio ad un concetto indeterminato, quale quello di iniquità, se da una parte è atto a presidiare l'equilibrio tra le parti, pone il rischio che si concretizzi un sindacato giurisdizionale che si spinga fino a valutare l'adeguatezza del risarcimento concordato dalle parti ovvero di altro rimedio compensativo.

[557] Sarà infatti fisiologico e, stante l'assenza di una disciplina positiva al riguardo, insindacabile l'interesse del finanziatore ad un celere raggiungimento di composizioni consensuali della controversia, con possibile sacrificio, però, degli interessi collettivi di consumatori e utenti.

185 c.p.c. sulla formazione del processo verbale e sul fatto che lo stesso costituisca titolo esecutivo.

1.5 Trasparenza e misure di coercizione indiretta.

L'art. 140-undecies impone in capo agli enti legittimati a esperire azioni rappresentative di indicare sul proprio sito web le azioni che hanno deciso di intraprendere, lo stadio di quelle incardinate, i risultati raggiunti. Le medesime informazioni devono altresì essere comunicate al Ministero delle imprese e del made in Italy, il quale provvede a pubblicarle a sua volta sul proprio sito istituzionale. Codesto regime di trasparenza è preposto a favorire le adesioni di consumatori e utenti potenzialmente danneggiati da condotte plurioffensive. Peraltro, il fatto che l'onere divulgativo delle informazioni sulle iniziative giudiziarie gravi direttamente sugli enti designati, oltre che sul Ministero a ciò preposto, potrebbe giustificare la scelta del legislatore nazionale di non implementare delle banche dati elettroniche, contenenti le informazioni sugli enti legittimati ad agire e sulle azioni rappresentative *intraprendende*, in corso e concluse, come previsto dalla direttiva all'art 14. Tuttavia, bisogna evidenziare la maggiore completezza della disposizione eurounitaria rispetto a quella nazionale. Pur potendo, infatti, la norma di recepimento attenere tanto a provvedimenti a favore dei consumatori quanto a provvedimenti di rigetto delle azioni rappresentative, sarebbe stato più opportuno precisare che l'onere di pubblicazione afferisce anche, in virtù del principio della parità delle parti, alle decisioni favorevoli al professionista convenuto. Si consideri, inoltre, che il legislatore nazionale non ha colto l'occasione per inserire uno strumento di deterrenza e, al contempo, di ripristino dello stato preesistente ad una condotta illecita di massa, consistente nell'onere in capo al convenuto soccombente di fornire, a proprie spese, ai consumatori informazioni sulle decisioni definitive, inibitorie e compensative, automaticamente, ovverosia nelle ipotesi di accoglimento della azione rappresentativa, oppure su precisa richiesta dell'ente (altro margine di discrezionalità lasciato ai Paesi membri dalla direttiva)[558]. E non può non evidenziarsi come il difetto di disposizioni di matrice

[558] Un siffatto onere informativo, tra l'altro, poteva essere oggetto di apposita previsione quale misura susseguente a una condanna inibitoria. Su questo frangente, la Tabella di concordanza allegata alla Relazione illustrativa, pagina 5, si limita a statuire in modo vacuo che non è stato previsto un obbligo di pubblicazione e/o informazione a carico del professionista per l'esistenza di un portale telematico pubblico. Quest'ultimo, però, tecnicamente è nato per le azioni di classe e difettano norme di coordinamento tra queste e le decisioni sulle azioni rappresentative. Materialmente, infatti, i professionisti potrebbero essere destinatari di differenti iniziative giudiziarie su più fronti, non esistendo preclusioni in tal senso.

deterrente e/o punitiva, oltre che costituire una circostanza anacronistica[559], rischia di frustrare l'effettività e l'operatività della tutela processuale rappresentativa del presente decreto. Ed invero non si rinvengono, in concreto, incentivi di tipo economico, ad esempio in favore della classe forense[560], o, comunque, agevolazioni propedeutiche all'incardinamento di azioni giudiziali, motivo per il quale sarebbe stato congruo imbastire strumenti punitivo-sanzionatori in grado di influire, come controspinta, sulle scelte degli operatori economici e così disincentivare la violazione delle normative scolpita nell'allegato II-septies.

Del resto, la carenza di qualsivoglia prospettiva o approccio punitivo-deterrente, subalterno rispetto alla avvertita necessità, a livello europeo e municipale, di proteggere professionisti e imprese[561] si evince in modo adamantino dalle misure di coercizione indiretta. Queste appaiono preordinate a soddisfare surrettiziamente esigenze pubblicistiche. In particolare, con il provvedimento inibitorio, definitivo o urgente, il giudice fissa un termine per l'adempimento degli obblighi scolpiti nella sentenza di condanna e, *anche su domanda della parte che ha agito in giudizio* -ciò a riprova del fatto che si tratti di una condanna irrogabile prioritariamente *ex officio* - dispone il pagamento, in caso di inadempimento, di una somma di danaro da euro 1.000,00 a euro 5.000,00, per ogni giorno di inottemperanza o ritardo, tenuto conto della gravità del fatto, nonché della gravità e della durata della violazione[562]. Così formulata, la norma sembrerebbe assurgere ad una funzione deterrente, palesandosi, però, un irragionevole restringimento operativo della stessa con riguardo ai provvedimenti

[559] Continuare a dipingere la responsabilità civile come esclusivamente votata alla compensazione dei danni, infatti, collide con i plurimi indici normativi manifestanti tensioni verso la deterrenza, oltre che con i più recenti arresti giurisprudenziali.

[560] Sul punto, è inevitabile che nessuno strumento di tutela aggregata (azione rappresentativa o azione di classe) è destinato a operare efficacemente in assenza di una sottostante spinta utilitaristica ed egoistica verso un margine di profitto, specialmente in presenza di una ristretta legittimazione ad agire, quale quella della tutela rappresentativa.

[561] Ciò emerge incontrovertibilmente dal regime di applicazione intertemporale delle disposizioni in esame.

[562] Con riferimento ai criteri fondanti la determinazione della somma di danaro si può notare un certo lassismo del legislatore, il quale ben avrebbe potuto rinviare al disposto dell'art. 614-bis c.p.c., con riferimento alla natura della prestazione dovuta, al vantaggio derivante per il soccombente dall'inadempimento, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile, norma valevole proprio per i provvedimenti di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di danaro, quale è il provvedimenti inibitorio. E, peraltro, la formulazione ariosa della norma non può neppure trovare giustificazione nel possibile intento di riservare un margine di discrezionalità maggiore al giudice, posto che vengono fissati un quantum minimo e massimo della somma di danaro da pagare. Inoltre, la cornice quantificatoria appare eccessivamente esigua, dal momento che i profitti indebitamente tratti da un illecito di massa da parte del professionista saranno verosimilmente più elevati. Viene così a mancare qualsivoglia carica disincentivante delle misure in parola, posto che il quantum da pagare potrebbe interamente essere coperto con i profitti illeciti. E ancora, pur potendosi leggere il disancoramento del provvedimento in parola dai suesposti criteri come modo per dotare il predetto di maggiori flessibilità e adattabilità, non può comunque sottacersi il rischio di riconoscimento in capo al giudice adito di una eccessiva discrezionalità. Sempre nell'ottica di coerenza sistematica, dunque, sarebbe stato più opportuno utilizzare come punto di riferimento il comma 5 dell'art. 840-*sexiesdecies*, il quale, pur rinviando *in toto* all'art. 614-*bis* c.p.c., consente l'adozione delle misure in parole anche fuori dai casi ivi previsti.

condannatori affianco ai quali possono essere irrogate suddette misure coercitive. Ed invero, specie in considerazione della possibilità di intentare un'unica azione rappresentativa al fine di ottenere congiuntamente provvedimenti compensativi e inibitori, la limitazione dello strumento di coercizione soltanto a questi ultimi si configura come incongrua e sprovvista di giustificazione. Tuttavia, le maggiori criticità si scorgono con riferimento alla destinazione del quantum da pagare. Quest'ultimo difatti è versato in un apposito capitolo delle entrate del bilancio di Stato, per poi essere riassegnato al Ministero della giustizia, nella misura del 50%, al fine di potenziare gli uffici e i servizi istituzionali, e al Ministero delle imprese e del made in Italy, per la restante quota del 50%, per il miglioramento della tenuta della sezione istituita ai sensi dell'art. 140-quinquies. Anzitutto, pare difficile comprendere come possano apportarsi migliorie a qualcosa (*id est* l'elenco predetto) di nuova istituzione, specialmente se si considera che, trattandosi di un elenco telematicamente gestito non dovrebbero sorgere spese o oneri di sorta. Ad ogni modo si tratterebbe di spese ripianabili mediante il quantum dovuto dagli enti richiedenti l'iscrizione[563]. Più correttamente, allora, si sarebbe dovuto fare riferimento alle spese che la Direzione centrale presso il Ministero delle imprese e del made in Italy è chiamata a sostenere per compiere i debiti accertamenti e verifiche sulla documentazione presentata dagli enti e sul possesso dei requisiti di legge ai fini della designazione. Appare, poi, certamente commendevole e confortante la consapevolezza del legislatore della necessità di implementare uffici e servizi della macchina giudiziaria italiana. Non sembra, però, che lo stanziamento di fondi per tale finalità possa farsi gravare su dei privati, ancorché autori di illeciti plurioffensivi, risultati soccombenti in un giudizio, ciò indipendentemente dalla gravità dell'illecito e dell'inottemperanza. Ed invero, se l'intenzione

[563] Sul punto, non meno enigmaticamente, la Relazione tecnica allegata al decreto, pagina 4, parla di maggiore informatizzazione ed efficientamento nella gestione dell'elenco, di realizzazione di collegamenti con la banca dati delle Commissione europea e di strumenti informativi nei confronti dei consumatori. Si tratta, a ben vedere, di affermazioni inani e inconsistenti. Anzitutto, non è dato sapere quali siano i collegamenti menzionati con la banca dati della Commissione, dal momento che nella tabella di concordanza, pagina 2, è stata espressamente esclusa la istituzione di banche dati nazionali. E del resto suddetti supposti canali di collegamento non figurano neppure nel decreto del 26/07/2023 del Ministro delle imprese e del made in Italy, essendo esclusivamente prevista la comunicazione da parte del Ministero delle informazioni prescritte alla Commissione europea. E ancora, se codeste somme sono preordinate a creare strumenti di informazione per i consumatori, risulta difficile comprendere l'intermediazione ministeriale. Sarebbe stato certamente più congruo, in termini di trasparenza e deterrenza, destinare il quantum oggetto di condanna ai soggetti danneggiati o, al più, agli enti designati, i quali avrebbero poi potuto impiegare i fondi per nuove iniziative giudiziarie. Di più: tra le altre finalità menzionate dalla Relazione tecnica spicca la realizzazione di occasioni di formazione specifica per il personale. Viene naturale chiedersi quale sia il personale cui si fa riferimento. Si tratta forse del personale del Ministero? Se così fosse non è dato sapere quale sarebbe la necessità di iniziative formative. E poi, cosa si intende per "formazione specifica"? Sembra che le somme in parola siano state considerate come una occasione per fare cassa a spese delle parti processuali. E tra l'altro, se fosse questa la giustificazione della direzione imposta alle somme in danaro in parola (e crediamo lo sia), ci si potrebbe domandare perché non sia stato prevista la destinazione dell'intero ammontare al Ministero della giustizia, posto che la macchina processuale italiana necessita sempre di nuova linfa.

del legislatore fosse stata quella di punire l'autore di condotte lesive di una pletora di consumatori e/o utenti o, comunque, quella di irreggimentare uno strumento votato alla deterrenza e alla prevenzione di suddetti comportamenti illeciti, si sarebbe dovuta prevedere inevitabilmente la destinazione delle somme ai soggetti lesi, che subiscono, a causa dell'inottemperanza del soggetto soccombente, danni ulteriori ovvero evitabili. E allora è la direzione di suddette somme, unitamente al modesto e quasi irrilevante ammontare massimo irrogabile, che sconfessa e svilisce la proclamata matrice coercitiva indiretta delle misure. Tra l'altro, alla luce dell'impianto della direttiva 2020/1828, sarebbe stato possibile immaginare interventi di tipo pubblicistico di sostegno alle azioni rappresentative a tutela dei consumatori. L'atto eurounitario, al considerando n. 70, prospettava la possibilità di istituire fondi pubblici al fine di agevolare la proposizione di azioni rappresentative a tutela dei consumatori. Del resto, anche limitatamente alle iniziative giudiziarie di tipo inibitorio, sarebbe stato sufficiente direzionare le somme oggetto delle misure coercitive indirette proprio in favore di fondi appositamente costituiti per finanziare le azioni collettive[564].

1.6 Prescrizione e spese processuali.

Con riferimento al regime prescrizionale, l'art. 140-duodecies riconnette l'effetto interruttivo del decorso della prescrizione dei diritti dei consumatori al deposito del ricorso introduttivo. Esso deve essere notificato alla parte resistente nel termine indicato dal giudice; da tale termine processuale sono altresì impedite le decadenze a carico dei consumatori. L'interruzione della prescrizione, pur riferendosi ai diritti individuali di consumatori e utenti, posizioni soggettive deducibili in sede di azione finalizzata a provvedimenti compensativi, dispiega i suoi effetti anche se il ricorso depositato ha ad oggetto una domanda inibitoria. Si tratta di una previsione riconducibile alla facoltà di richiedere congiuntamente, per mezzo di un'unica azione rappresentativa, provvedimenti inibitori e compensativi e/o risarcitori, di modo da evitare che consumatori e utenti possano essere deprivati del diritto ad ottenere

[564] In tal modo, tra l'altro, le somme in parola, pur non andando a beneficio del soggetto proponente o dei consumatori, sarebbero rimaste nel circuito consumeristico e avrebbero altresì costituito un concreto incentivo alle iniziative giudiziali di tipo rappresentativo. Si sarebbero così ridotte le necessità di ricorso al finanziamento delle controversie da parte di un terzo privato, istituto fonte di criticità non affrontato neppure superficialmente da parte del legislatore. E, più in generale, quest'ultimo ha approntato soltanto una delle possibili misure di assistenza agli enti legittimati prospettati dall'art. 20 della direttiva.

quest'ultimo tipo di tutela a causa dello spirare dei termini prescrizionali in corso di un giudizio inibitorio[565].

In materia di spese del procedimento, al fine di favorire l'accesso alla giustizia, è previsto il pagamento dimidiato del contributo unificato di cui all'art. 13, comma 1, del D.P.R. 30 maggio 2001, n. 115. A ciò si aggiunge la non operatività dell'aumento del predetto contibuto previsto per le controversie di competenza delle sezioni specializzate in diritto d'impresa[566], tra cui si ascrivono anche le azioni rappresentative. La disposizione in parola appare assolutamente opportuna e salvifica, posto che la scelta di attribuire la cognizione delle azioni rappresentative ai cosiddetti tribunali delle imprese[567] avrebbe comportato inevitabilmente un imponente disincentivo a qualsivoglia tipo di iniziativa giudiziaria, in considerazione della debenza del contributo unificato in misura doppia.

[565] Cautela, questa, esplicitata dal solo legislatore europeo, all'art. 16 della direttiva, la quale, però, non si prospetta come necessaria nella misura in cui la medesima azione rappresentativa contenga una domanda giudiziale finalizzata ad ottenere ambedue le tipologie di tutela giurisdizionale.

[566] P. Farina, *La riforma della disciplina dell'azione di classe e l'esecuzione forzata collettiva*" in "*Rivista dell'esecuzione forzata*", 3/2019, pagina 657, criticava la competenza in parola con riferimento alle azioni di classe, poiché le predette si occupano prettamente di diritto societario e di proprietà industriale. *Contra* A. A. Dolmetta*, "Profili emergenti nelle azioni di classe",* testo che riproduce la relazione tenuta dall'A. al convegno "*La nuova tutela collettiva: azioni di classe e inibitorie",* Roma, 6 luglio 2019, pagina 2-3, il quale condivide la scelta del legislatore in punto di competenza, trattandosi di controversie delicate e di non agevole gestione, richiedenti una professionalità elevata. A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" in "*Rivista di diritto processuale civile*" 2019, pagina 1575, sosteneva che la competenza individuata dalla legge fosse esclusiva ma non inderogabile, motivo per cui la violazione del criterio di competenza non sarebbe stata rilevabile d'ufficio. Tale ragionamento, però, non è trasponibile nella dimensione delle azioni rappresentative posto che la legge (art. 140-septies, comma 4) utilizza l'avverbio "inderogabilmente" in punto di competenza. Sulla inderogabilità della competenza per territorio per le azioni di classe, invece, C. Consolo, "*L'azione di classe trifasica*" citata, pagina 726. *Contra*, F. Elefante, "*Giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 43, secondo cui la competenza delle sezioni specializzate sarebbe esclusiva ma non inderogabile.

[567] Scelta, questa, assolutamente condivisibile in considerazione della complessità delle azioni rappresentative, sui versanti gestorio e dell'accertamento della condotta illecita. Ed invero, pur in presenza di una tutela aggregata, l'accertamento giudiziale atterrà comunque a questioni giuridiche e fattuali significativamente complesse. Su quest'ultimo frangente basti pensare alle difficoltà che potrebbero prospettarsi in sede di azione rappresentativa risarcitoria afferente a illeciti plurioffensivi di tipo extracontrattuale in punto di prova del nesso di casualità e dei pregiudizi, specie ove l'ente non agisca a seguito di una condanna inibitoria nei confronti del professionista. E tuttavia si deve, d'altra parte, evidenziare come l'ambito applicativo tratteggiato dall'allegato II-septies del codice del consumo sia particolarmente ampio e attenga a violazioni normative distanti dalle controversie per cui usualmente le sezioni specializzate in diritto d'impresa vengono adite. Non sono da escludere, dunque, difficoltà o, comunque, la necessità di periodi, più o meno estesi, di assestamento.

2 Il coordinamento tra azioni rappresentative e azioni di classi.

Alla luce della pletora di rinvii, in blocco oppure precipui, alla disciplina delle azioni di classe contenuti nel decreto in esame, si pongono necessità di coordinamento tra le discipline in parola[568]. Ed invero, pur sussistendo un divieto positivo esplicito per gli enti designati di intentare un'azione di classe per denunziare condotte illecite poste in essere da un professionista a danno dei consumatori, siffatta preclusione non tange i singoli soggetti danneggiati. E, in quest'ultima evenienza, non riteniamo che gli enti rappresentativi non possano poi essere chiamati nel giudizio di classe da parte del convenuto[569]. Quest'ultimo, infatti, avrà ovviamente interesse a raccordare pretese fondate sui medesimi fatti costitutivi, ancorché incardinate da differenti soggetti, per non dover dispiegare le proprie risorse e argomentazioni difensive su più fronti. Non è da escludere, quindi, che una iniziativa giudiziaria nata come azione rappresentativa confluisca poi in un procedimento di classe. E, di contro, non bisogna dismettere lo scenario in cui iniziative giudiziali avverso il medesimo soggetto rimangano su sentieri separati e giungano disgiuntamente ad un esito giudiziale[570]. Peraltro, si potrebbe sostenere che il criterio risolutivo delle cennate intersezioni, potenzialmente confliggenti, di iniziative giudiziarie sia la qualificazione soggettiva del convenuto in giudizio[571]. L'art. 840-bis c.p.c., infatti, si riferisce esclusivamente alle imprese e agli enti gestori di servizi pubblici e di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nell'esercizio delle rispettive attività[572].

[568] E. Camilleri, "*L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio"* citata, pagina 446 qualifica le azioni rappresentative come una *species* delle azioni di classe. Ulteriore nodo da sciogliere, poi, riguarda la natura dei rinvii in parola, alla stregua di quelli effettuati dalla legge n. 31/2019 alle abrogate disposizioni del codice del consumo. Al riguardo, A. Giussani, *La riforma dell'azione di classe*" in "*Rivista di diritto processuale civile*" 2019, pagina 1600, parla ad esempio di rinvii fissi, al fine di consentire alle associazioni iscritte all'elenco di cui all'art. 137 cod. cons. (non abrogato) di esperire le azioni in esame, oltre che l'inibitoria di cui all'art. 37 cod. cons. A. D. De Santis, "*Il procedimento*" citata, pagina 346, sottolinea il vuoto di tutela venutosi a creare per condotte illecite commesse prima dell'entrata in vigore della legge del 2019, in considerazione dell'avvenuta abrogazione dell'art. 140-bis cod. cons. e della irretroattività delle nuove norme. Tale criticità, peraltro, avrebbe potuto esser ovviata mediante la previsione di un regime transitorio o una espressa ultrattività dell'art. 140-bis.

[569] Ambedue le normative prese in considerazione, infatti, vietano soltanto l'intervento volontario del terzo.

[570] C. Di Landro, ultima opera citata, pagina 998, mette in evidenzia il rischio di giudicati contrastanti.

[571] Sulla circostanza per cui sarebbe stato opportuno prevedere che anche la P.A. potesse essere convenuta in giudizio si veda I. Speziale, "*La nuova azione di classe: riflessioni critiche sulla riforma*" in "*Il Corriere giuridico*" 7/2020, pagina 964.

[572] A. Giussani, ultima opera citata, pagina 1574, sottolinea come la nozione di impresa sia quella dell'art. 2082 c.c., salvo si tratti di controversie concorrenziali. E. Fanesi, "*Brevi considerazioni sulla nuova class action*" in "*La nuova procedura civile*", 18/12/2019, pagina 3, forzando la lettera dell'art. 840-bis c.p.c., ritiene che la legittimazione passiva faccia capo al professionista, per evitare un arretramento della tutela consumeristica. C. Consolo, "*L'azione di classe trifasica*" citata, pagina 724, include nella categoria dei legittimati passivi anche il professionista alla luce della mancata abrogazione dell'art. 66 cod. cons. Il problema, però, è che tale articolo rinvia all'abrogato art. 140-bis, il quale, salvo probabilmente che per gli illeciti posti in esser prima della entrata in vigore della novella del 2019, non è dotato di ultrattività. Riteniamo che legittimato passivo nelle azioni di classe possa essere anche il professionista. E difatti, come correttamente notato da

L'art. 140-ter, invece, qualifica come professionista qualsiasi persona fisica o giuridica che, *indipendentemente dal fatto che si tratti di un soggetto pubblico o privato*, agisce per fini relativi alla propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale. È evidente, però, come le cennate definizioni siano in realtà sovrapponibili, tenendo in considerazione la componente oggettiva, ovverosia lo svolgimento di una attività imprenditoriale, nonché il richiamo alla natura giuridica del soggetto, sia essa pubblica o privata[573]. Non potendosi, pertanto, ritenere dirimente il criterio della qualificazione soggettiva, permangono le criticità in punto di raccordo applicativo tra le diverse azioni, di classe e rappresentative.

Bisogna notare, poi, come nei di due plessi normativi dedicati alla tutale giurisdizionale aggregata si prospetti il medesimo problema in termini di tutela del diritto di difesa del convenuto in giudizio. Nessuna norma al riguardo è infatti presente nella legge n. 31/2019, con conseguenti criticità in punto di rispetto del principio della parità delle armi, specialmente se si prendono in considerazione le norme relative a richieste istruttorie e di anticipazione delle relative spese[574]. E neppure in seno al decreto legislativo n. 28/2023 sono rinvenibili tutele nei confronti della parte resistente. Il corpo di norme calato all'interno del codice di rito

M. Malavasi – G. Ricciardi, "*La nuova class action: analisi delle principali disposizioni" reperibile sul sito db approfondimenti*", pagina 13, se il legislatore avesse voluto limitare tale legittimazione alla sola impresa, sarebbe bastato rinviare all'art. 2082 c.c.

[573] Ed invero non esiste un univoco concetto di impresa, trattandosi di una nozione adattabile a diverse fattispecie normative, funzionali ai diversi contesti, cfr. M. Libertini, M. R. Maugeri, "*Azione di classe: definizione di impresa e diritto contrattuali dei consumatori*" in "NGCC", 2012, pagina 913 e ss.

[574] Secondo G. Scarselli, opera citata, pagina 11, e ID "*La nuova azione di classe*" citata, invece, la violazione del diritto di difesa del soggetto convenuto sarebbe rappresentata dalla possibilità di utilizzare, ai fini probatori, presunzioni semplici e dati statistici, dall'istituto della esibizione probatoria, definita esplorativa, e dalle sanzioni scaturenti dalla violazione dell'ordine di esibizione, consistente nel ritenere provato il fatto cui le prove si riferiscono e non quale semplice argomento di prova. Ci sembra, però, che le considerazioni dell'A. siano fuori segno. Anzitutto, l'esibizione probatoria, innervata di cautele e, addirittura, contraddistinta dalla facoltà del soggetto destinatario della stessa di essere sentito prima della esibizione, è tutto fuorché un istituto esplorativo, anche in considerazione delle misure a salvaguardia della riservatezza che il giudice può disporre. Inoltre, le sanzioni scaturenti dalla inottemperanza dell'ordine di esibizione non sembrano esorbitanti, fungendo, di contro, da meccanismo per superare la asimmetria informativa e sanzionare una impresa che viola un ordine del giudice e preclude alla controparte di accedere ad elementi (talora indispensabili) per la dimostrazione della condotta dedotta in giudizio. A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagine 1591-1592, individua, correttamente, quali limitazioni del diritto di difesa del convenuto il fatto che questi non possa avvalersi di prove orali nella fase di liquidazione e neppure a seguito di opposizione al decreto, così come di scritture rappresentative delle dichiarazioni dei terzi. Suddette lacune, secondo l'A., sarebbero sanabili consentendo alla parte resistente il ricorso in Cassazione avverso il decreto al termine della fase di liquidazione. E riteniamo che non dovrebbero sussistere ostacoli al riguardo, trattandosi certamente di un provvedimento definitivo e decisorio, idoneo ad acquisire l'autorità di giudicato. Nello stesso senso ID, "*La fase di determinazione del quantum nella nuova azione di classe*" citata, pagina 2318, con particolare attenzione alla circostanza per cui dovrebbero essere a disposizioni delle parti confessione e giuramento. L'A., però, qualifica il decreto come privo di stabilità sostanziale, non essendo ad ogni modo sanabili tali lesioni del diritto di difesa semplicemente con la ricorribilità per cassazione. In punto di ricorribilità per Cassazione, R. Donzelli, "*Le impugnazioni dei provvedimenti decisori*" citata, pagina 374, sostiene la necessità di riconoscere tale mezzo di impugnativa avverso la decisione sulla opposizione al decreto.

perlomeno scongiura la proposizione di una moltitudine di azioni, fondate sui medesimi fatti costitutivi, contro la medesima parte[575]. Nessuna clausola di salvaguardia di tal fatta è espressamente contemplata dal corpus di disposizioni innestato nel codice del consumo. Tuttavia, in punto di diritto di difesa del convenuto, bisogna menzionare come fortunatamente non sia stata recepita l'improvvida formulazione della direttiva sulla esibizione probatoria di cui all'art. 18[576]. Da questo punto di vista, il fatto che il legislatore italiano si sia appiattito totalmente sulla formulazione dell'art. 840-quinquies è stata una circostanza quanto mai opportuna, essendo state così preservate ratio e funzionalità dell'istituto esibitorio[577]. E però, proprio per questa ragione il mancato sfruttamento della facoltà di cui al considerando n. 18 della direttiva in merito alla estendibilità dell'ambito applicativo delle azioni rappresentative a settori normativi affini e consimili a quelli acclusi nell'allegato II-septies, vale a dire il diritto antitrust[578], si configura come una scelta che rifugge da ogni logica e prospettiva di coerenza sistematica[579]. Lo strumento della esibizione delle prove, infatti, sorge proprio nell'alveo del diritto risarcitorio della concorrenza per contrastare il fenomeno della asimmetria informativa, il quale attanaglia tendenzialmente ogni illecito di massa lesivo delle posizioni soggettive di consumatori e utenti, specialmente con riguardo a condotte di matrice extracontrattuale.

Quasi per controbilanciare la totale assenza di garanzie per il diritto di difesa della parte convenuta, l'art. 4 del decreto di recepimento prevede poi l'applicabilità della disciplina a decorrere dal 25 giugno 2023, sulla scia di quanto previamente stabilito del 2019, posto che le norme sulle azioni di classe trovano applicazione a decorrere dal 19 maggio 2021[580].

[575] Seppur limitatamente ad iniziative collettive, essendo fatto salvo il diritto di ogni singolo danneggiato ad agire individualmente e parallelamente ad una azione di classe, ancorché si tratti di una circostanza difficilmente concretizzabile in considerazione dei cennati ostacoli alle iniziative giudiziarie individuali.

[576] Su cui si veda Capitolo II, punto n. 6.

[577] Riteniamo che si sia trattato di una scelta frutto di una valutazione di efficienza. Esisteva un modello di riferimento chiaro (e, possiamo aggiungere, a grandi linee ben congegnato) e, di conseguenza, il legislatore ha preferito non avventurarsi nelle vie della elaborazione definitoria e/o della sperimentazione normativa.

[578] Sul fatto che il private enforcement del diritto della concorrenza costituisse (e continua ancora oggi a costituire) luogo di elezione per ricerche in materia di azioni collettive, E. Ferrante, "*Opt-out ed incentivi d'oltreoceano: idee per una vera class action in Italia e in Europa*" in "*Contratto e Impresa/Europa*", 2-2012, pagina 506, dal momento che appare irragionevole, ad esempio, una iniziativa giudiziale isolata di un consumatore ovvero di una impresa a valle di una intesa e/o cartello. L'A., peraltro, bollava già come insensata la scelta di un restringimento in sede di legittimazione ad agire e riteniamo di fare nostra tale considerazione e di estenderla alle neointrodotte azioni rappresentative.

[579] E ciò, però, potrebbe far pensare che la non alterazione di contenuto e formulazione dell'istituto della esibizione probatoria non sia stata una scelta consapevole del legislatore, bensì una mera accettazione passiva del quadro normativo preesistente.

[580] Evidenzia l'incostituzionalità di tale regime temporale D. Amadei, "*Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile"* in "*NLCC*", 5/2019, pagina 1052, per violazione degli artt. 24 e 111 Cost., posto che la legge del 2019 ha introdotto norme processuali e generali, le quali, di conseguenza, devono poter trovare applicazione anche per le condotte illecite poste in essere prima della sua entrata in vigore. P. Fiorio ne "*La nuova azione di classe,*

Riteniamo che si tratti, in concreto, di uno scudo temporale atto a proteggere le imprese e i professionisti, i quali, altrimenti, si sarebbero potuti trovare nella condizione di dover affrontare una moltitudine di iniziative giudiziarie aggreganti pretese risarcitorie seriali[581]. Tralasciamo la palese natura processuale delle disposizioni del presente decreto e di quelle del codice di procedura civile, circostanza, questa, che dovrebbe già da sola comportare la applicazione immediata della nuova normativa[582]. Ad ogni modo, sembra che il legislatore abbia voluto scientemente dilazionare l'entrata in vigore di quelli che, in potenza, avrebbero potuto costituire uno strumento di tutela giurisdizionale prorompente e assolutamente originale. Il condizionale è d'obbligo, posto che, ad oggi, l'interstizio ordinamentale qui considerato, ovverosia quello di azioni collettive, rappresentative e di classe, si trova in un certo senso in un limbo o comunque in uno stadio di incertezza e di transizione patologica. Gli illeciti di massa posti in essere prima dell'entrata in vigore della legge 31/2019 e del d.lgs. 28/2023 sono deducibili in giudizio soltanto a mezzo dell'abrogato, anacronistico e fallimentare art. 140-bis cod. consumo[583]. L'intento del legislatore italiano era, sulla carta, quello di implementare gli strumenti di tutela collettiva e seriale. In concreto, però, si è creato (o meglio, è stato creato, forse deliberatamente) un cortocircuito, tale per cui non è possibile per i soggetti danneggiati avvalersi delle più evolute normative, seppur contraddistinte da criticità. E peraltro, a peggiorare il quadro esposto, si consideri che questa coesistenza

passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?" citata, pagina 13, dubita della legittimità costituzionale del regime temporale della legge n. 31/2019, per il trattamento diseguale per i danneggiati, nonché in considerazione del fatto che le norme processuali non creano nuovi diritti. Malavasi – G. Ricciardi, "*La nuova class action: analisi delle principali disposizion*i" reperibile sul sito db approfondimenti, pagina 15, invece, reputano legittima la scelta della irretroattività con riferimento alla riforma del 2019, dal momento che la Costituzione consente la retroattività delle norme processuali e che il ricorrente si trova in una posizione di vantaggio rispetto alle imprese, essendo quindi opportuno offrire a queste ultime un margine di tempo ragionevole per adeguarsi alle nuove norme tramite l'adozione di misure per prevenire e ridurre i rischi di illeciti plurioffensivi.

[581] R. Pardolesi, "*La classe in azione. Finalmente*" in "*Danno e responsabilità*", 3/2019, pagina 305, con riferimento al regime temporale della legge n. 31/2019, il quale si fonda sul medesimo meccanismo temporale della irretroattività, parlava, seppur in termini dubitativi, di immunità per le imprese, conseguente al "decollo quanto mai cauto" dell'istituto. In termini si vedano anche P. Pardolesi – R. Pardolesi, "*La (azione di) classe non è acqua*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 331. Anche R. Caponi, *Ultime dall'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il Dieselgate*" citata, pagina 338, ravvisa, come linea di fondo delle disposizioni della novella del 2019, l'intenzione di difendere gli interessi delle imprese ed evitare l'inasprimento di conseguenze giudiziarie a seguito degli illeciti già commessi, non sussistendo esigenze di dilazione dell'entrata in vigore della normativa in parola per ragioni connesse al portale telematico, stante l'esistenza del processo civile telematico. E, a riprova di ciò, le norme introdotte nel c.p.c. hanno matrice processuale, dovendo, dunque, essere dotate di applicazione immediata, mentre il legislatore ha optato per il regime temporale di cui sopra.

[582] Anche perché, argomentando in senso contrario, non sarebbe possibile spiegare l'utilità dell'allegato II-septies, contenente un elenco di materie la cui violazione legittima l'esperimento delle azioni rappresentative.

[583] Sul fatto che attualmente coesistano tre discipline votate alla tutela collettiva A. Di Landro, ultima opera citata, pagina 998. A. D. De Santis, "*Il procedimento*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 349, invece, parla di vuoto di tutela a seguito della abrogaizone dell'art. 140 bis c.p.

patologica di tre binari normativi non si pone in contrasto con la direttiva UE 1828/2020, la quale prevede espressamente la possibilità per gli Stati membri di preservare i preesistenti meccanismi processuali di tutela collettiva, potendosi le norme europee affiancare agli stessi e non dovendo soppiantarli. Non è neppure possibile, dunque, tentare di risolvere il nodo gordiano messo a punto scelleratamente dal nostro legislatore invocando la possibile contrarietà della normativa interna con il diritto europeo[584].

3 I nodi irrisolti.

Considerate le fisiologiche intersezioni tra azioni rappresentative, di classe e inibitorie collettive *ex* art. 840-sexiesdecies c.p.c., nonché la sovrapposizione di regole processuali[585] causata dai rimandi da parte del decreto di recepimento alla disciplina del codice di rito, sembra opportuno evidenziare perplessità e criticità emergenti dalla disciplina delle azioni di classe rimaste irrisolte. Queste, infatti, permangono nonostante la possibilità, presentatasi proprio in occasione del recepimento della direttiva del 2020, di correggere storture e irregolarità[586] di una procedura ibrida, pesante e farraginosa[587].

[584] A. Di Landro, "*Le azioni rappresentative a tutela dei consumatori nell'ambito del New Deal for Consumer. Alcune riflessioni*" citata, pagina 1000, ritiene, in generale, che il legislatore italiano abbia perso l'occasione di creare uno strumento di tutela del consumatore effettivo ed efficace, sottolineando, però, come l'impianto fragile del testo normativo italiano sia riconducibile al fatto che il legislatore europeo abbia rimesso molte scelte agli Stati membri.

[585] De Cristofaro, *"Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta verso un durutti "pubblico" dei (contratti dei) consumatori?*" in "*NLCC*", 2022, p. 3, parla di un accavallamento disordinato, scoordinato e disorganico delle discipline consumeristiche, auspicando di una riforma del codice del consumo.

[586] In generale, P. Pardolesi – R. Pardolesi, "*La (azione di) classe non è acqua*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagine 325 e 328-330, criticano l'impianto complessivo della legge del 2019 perché oscilla tra il modello statunitense, contraddistinto da aggressività, e quello asfittico e inefficiente, considerati i "desolanti" risultati applicativi dell'abrogato art. 140-bis cod. cons., dovuti preminentemente al meccanismo di adesioni prescelto. Gli A., però, liquidano correttamente le critiche al sistema USA di class action -la presenza di margini per condotte abusive e il rischio di un difetto di tutela per i componenti passivi della classe, vale a dire coloro i quali non esercitano il diritto di opt-out-, notando come la stessa sia l'unico strumento capace di far accedere alla giustizia *small claims* e di creare esternalità positive in chiave di deterrenza di illeciti. Aggiungiamo che il rischio di abusi è vivo anche nella disciplina italiana dell'azione di classe e, a seguito del decreto legislativo del 2023, ed è destinato a intensificarsi alla luce della ammissibilità del *third party litigation funding*.

[587] F. Tedioli, opera citata, pagina 1417, parla di procedura "oltremodo defatigante in termini di tempo". Parlano di procedura farraginosa e defatigante anche P. G. Monateri, "*La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione sostanziale*" in "*Danno e responsabilità*", 3/2019, pagine 313.314, il quale, inoltre, sottolinea come l'articolato della legge n. 31/2019 consti di disposizioni lunghe e ridondanti. G. Ponzanelli, opera citata, pagina 318. G. Gerardo, "*Comparazione tra la disciplina della class action nel diritto statunitense e l'azione di classe italiana alla lice della legge n. 31 del 2019*" in "*Judicium*", 16 settembre 2020, pagine 3-4 e 23, parla di procedura complessa dal punto di vista soggettivo, per i diversi soggetti coinvolti, e oggettivo, per le distinte fasi del procedimento, resa inutilmente complessa dalla doppia finestra per le adesioni. D. Amadei, "*Nuova azione di classe*" citata, pagina 1055, parla di procedura ibrida, stante la presenza di elementi propri del rito sommario e di quello ordinario di cognizione, criticando, però, i primi, poiché la complessità delle controversie di classi non si confà ad una istruttoria sommaria. A. C. Di Landro, "*Ospitalità ed omogeneità nella nuova azione di classe. Nuove prospettive di riflessione*" citata, pagina 1277, bolla la procedura come ingessata e rigida, a causa della scansione in tre parti. E. Silvestri, "*Nuovi orizzonti per l'azione di classe*"

Anzitutto, può evidenziarsi come l'unica disposizione del citato titolo VIII-bis non inglobata nel decreto sia l'art. 840-bis c.p.c.[588], ovverosia la norma introduttiva. Si è trattato di una scelta necessitata, posto che le azioni rappresentative si atteggiano a normativa speciale e settoriale[589], sin dalla legittimazione ad agire, riconosciuta esclusivamente ad enti appositamente designati. Per la verità, anche sotto l'ambito applicativo dell'art. 840-bis c.p.c., le organizzazioni esponenziali necessitano di una previa iscrizione in un apposito elenco presso il Ministero della Giustizia[590], risultando così preclusa la costituzione di comitati al

consultabile sul sito *giustiziainsieme.it*, 17 settembre 2020, pagina 10, asserisce che la riforma del 2019 rischia di non essere fruibile e, prendendo in prestito le parole di Arthur Miller, la paragona ad un "novello Frankenstein". A. Ronco, "*Il consumatore solitario (all'ombra dell'azione di classe)"* in "*Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma collettiva*" a cura di E. Dalmotto in "*Giurisprudenza italiana*", gennaio 2021, pagine 244-245, parla di struttura elefantiaca e di "iperprocesso", caratteristiche che fanno sorgere il dubbio sul fatto che la riforma del 2019 sia stata congegnata, più che per agevolare l'azione del singolo, per alleggerire il carico di lavoro sugli uffici giudiziari e favorire l'artefice di una condotta illecita. Parla, invece, di forme procedimentali "più snelle" D. Dalfino, "*Azione di classe e azione collettiva inibitoria: nuovo testo (art. 840 bis ss. c.p.c.) e nuove (ma non solo) questioni"* in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 322, il quale mette in luce il parallelismo tra azione di classe intentata da un ente e il modello tedesco e il *group litigation* del Regno Unito, consistente nell'accertamento giudiziale degli elementi costitutivi di un illecito plurioffensivo e nella risoluzione di questioni comuni, con valenza nei giudizi individuali. A. Giussani, *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*" nota a Cass. sez. III, 31 maggio 2019, n. 14886, in "*Riv. dir. proc*.", 1/2020, pagina 365, dubita dell'efficienza della posticipazione della fase di quantificazione del risarcimento, rimarcando la inutile rigidità della procedura e il rigetto implicito di ogni prospettiva di determinazione standardizzata del danno. G. Scarselli, in "*La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*" in "*Judicium",* pagine 2 e 11-12, e ID "*La nuova azione di classe*" in "*La responsabilità del produttore*" a cura di G. Alpa, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pagina 663, parla più in generale di una legge complessa, scritta in modo confuso, piena di lacune, le quali denotano una tecnica normativa "rudimentale", definendo peraltro "irrispettosa" la scelta di inserire le disposizioni nel codice di procedura civile, poiché le stesse negano le regole del processo civile e non è stato adeguatamente soppesato il loro impatto sul sistema tutto. C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagina 730, sottolinea come la collocazione dell'accertamento dei diritti degli aderenti post sentenza miri a conseguire semplificazione e celerità processuali nella fase di merito; tale scelta, però, rende la fase di liquidazione troppo complessa e articolata.

[588] Norma che aveva provvidenzialmente esteso la legittimazione a promuovere azioni di classe a ogni gruppo o categoria di titolari di diritti individuali omogenei. Di conseguenza, in rottura con la precedente disciplina, riservata a consumatori e utenti, legittimati attivi possono essere imprenditori, professionisti, clienti e investitori. L'attenzione del legislatore non è più focalizzata esclusivamente su soggetti con minore potere contrattuale, bensì sul concetto di omogeneità di posizioni giuridiche soggettive. Inoltre, la *legitimatio ad causam,* ferma restando la legittimazione di ogni singolo componente di una classe ad agire individualmente, compete anche a enti esponenziali senza scopo di lucro i cui obiettivi statutari coincidano con la salvaguardia di suddette situazioni giuridiche, prescindendo da un apposito mandato. A. Carratta, "*I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura" in "La class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019, pagina 2298, valuta positivamente l'ampliamento della legittimazione ad agire –elemento di avvicinamento al modello statunitense di class action-, dal momento che più estesa è la legittimazione, maggiore è l'enforcement privato.

[589] Di contro, con riferimento alle azioni di classe *ex lege* n. 31/2019 può parlarsi di legittimazione diffusa, così G. Gerardo, opera citata, pagina 6, il quale individua in ciò un ulteriore punto di contatto con il modello statunitense di class action, unitamente al carattere generalizzato dell'istituto non più limitato ad un ristretto numero di materie.

[590] G. Caruso, "*La nuova azione di classe: una peinture d'impression*" in "*Judicium*", 14 luglio 2020, paventa la illegittimità costituzionale di una disposizione di tal fatta, subordinante l'esercizio della azione da parte di un ente ad un riconoscimento preventivo del Ministero della giustizia. Nello stesso senso si veda anche C. Consolo, "*L'azione di classe trifasica*" citata, pagina 723, il quale fa notare come un tale elenco troverebbe giustificazione ove l'ente fosse chiamato a offrire un supporto in termini di costi e oneri legati alla pubblicità dell'azione, evenienza che non viene in rilievo alla luce del portale telematico pubblico.

F. Tedioli, "*Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile*" citata, pagina 1414, ritiene che nella categoria di enti, oltre ad associazioni, riconosciute o meno, e ordini professionali, rientrino altresì fondazioni, cooperative sociali, enti ecclesiastici civilmente riconosciti; in tal senso anche A. C. Di Landro, "*Ospitalità ed omogeneità nella nuova azione di classe. Nuove prospettive di riflessione*" in "*Jus civile*" 5/2020, pagina

solo scopo di incardinare una *class action*[591]. La mancata inclusione dell'art. 840-bis c.p.c nel gruppo di norme richiamate dal decreto di recepimento determina poi altre due conseguenze. Da un certo punto di vista si assiste infatti ad una involuzione della tutela collettiva, posto che uno dei meriti più significativi della legge 31/2019 è l'accrescimento dello spettro applicativo di azioni collettive risarcitorie, antecedentemente limitato a pratiche contrattuali illecite con i consumatori, alla responsabilità extracontrattuale del produttore di beni di consumo, a pratiche commerciali scorrette e ad illeciti antitrust nei soli confronti degli utenti finali[592]. Ad oggi, quindi, la disciplina delle azioni di classe si appresta ad accogliere controversie *business to business*. Di contro, in linea con quanto previsto dalla direttiva, possono essere fatte valere sotto l'egida delle azioni rappresentative soltanto le violazioni alle normative enucleate nell'Allegato II-septies[593]. Anche al riguardo, tralasciando la matrice consumeristica

1268, e C. Consolo, "*La nuova azione di classe, non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere*" in "*Rivista di diritto Bancario*", 2018, pagina 636, e ID, "*L'azione di classe trifasica*" citata, pagina 722, il quale definisce "sfuggente" la nozione di organizzazione, essendo la stessa tipizzata soltanto, ai fini fiscali, dal d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, e inclusiva di onlus, sindacati, società cooperative, imprese sociali. Queste, a mente del d.lgs. 4 dicembre 2006, n. 155 sono qualificate come organizzazioni private esercenti, in via stabile e principale, una attività economica organizzata finalizzata alla produzione o allo scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta alla realizzazione di finalità di interesse generale. C. Consolo, *La terza edizione dell'azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*" in "*Il corriere giuridico*", pagina 738, fa notare come non esistano soluzioni normative nelle ipotesi di cancellazione dall'albo di un ente pendente processo. Anche l'A. sostiene l'incompatibilità con la Costituzione di una disposizione assoggettante il diritto ad agire in giudizio ad un contributo per l'iscrizione in un elenco e per il mantenimento della stessa. In tal senso anche A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" in "*Rivista di diritto processuale civile*" 2019, pagina 1574; A. D. De Santis, "*Il procedimento*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 346. R. Donzelli, "*L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*" citata, pagina 344, oltre a prospettare dubbi sulla legittimità costituzionale di una norma non enucleante le condizioni legittimanti gli enti ad esperire azioni di classe, bensì rinviante a fonti amministrative, ravvisa la manifesta irragionevolezza di un filtro amministrativo previsto esclusivamente per le organizzazioni rappresentative, non egualmente applicabile ai singoli componenti della classe, nonostante, in seguito, il Tribunale sia chiamato a verificare la capacità del proponente di rappresentare adeguatamente i diritti individuali omogenei.

[591] Troviamo, dunque, due dicasteri incaricati di tenuta e gestione di due elenchi assolutamente affini. E ciò esemplifica il difetto di qualsivoglia tentativo di coordinamento sistematico tra le diverse normative, nonché una totale disattenzione in punto di accentramento delle competenze a fini di efficienza e risparmio di risorse. Peraltro, con riferimento alla disciplina delle azioni di classe, avuto riguardo dei requisiti scolpiti nell'art. 196-ter delle disposizioni attuative del codice di procedura civile, non è da escludere che in futuro, in via pretoria, venga riconosciuta l'iniziativa processuale anche a enti non iscritti in tale elenco, che siano comunque in grado di rappresentare in modo stabile e adeguato diritti soggettivi omogenei. Ciò sulla falsariga della giurisprudenza amministrativa, seppur con riferimento a interessi collettivi e diffusi. Siffatta possibilità, d'altra parte, sembra non potersi in alcun modo concretizzare in seno alle azioni rappresentative, in considerazione dei rigorosi requisiti richiesti ai fini della designazione, nonché del mancato sfruttamento, da parte del legislatore italiano, del margine di discrezionalità lasciato dalla direttiva. Quest'ultima consentiva difatti agli Stati membri di introdurre un sistema autorizzativo, limitatamente alle azioni rappresentative nazionali, anche a favore di enti costituti *ad hoc*, ovverosia al fine di intentare una apposita azione. Si sarebbe trattato in concreto di iniziative giudiziarie particolarmente sentite a livello sociale e/o atte a contrastare condotte illecite cagionanti danni capillarmente diffusi sul mercato tutto.

[592] Così C. Di Landro, "*Ospitalità ed omogeneità nella nuova azione di classe. Nuove prospettive di riflessione*" in "*Jus Civile",* 2020, pagina 1265.

[593] Elenco che, per quanto ampio, si configura comunque come monco se si considera la mancata inclusione del diritto della concorrenza e di quello ambientale, i quali costituiscono ad oggi i settori ordinamentali in cui si prospettano maggiormente condotte illecite e danni di massa

dell'istituto introdotto a livello europeo[594], non può non evidenziarsi come il legislatore nazionale avrebbe potuto irreggimentare le azioni rappresentative nel citato titolo VIII-bis[595], non riservandole, dunque, alla tutela dei consumatori. Ed invero si sarebbe trattato di introdurre un grado di tutela superiore rispetto a quello immaginato dal legislatore europeo, il quale non sarebbe di certo stato compromesso.

Inoltre, come evidenziato *supra*, si palesa una incertezza sull'oggetto del giudizio rappresentativo, quantomeno con riferimento a quello compensativo[596], che l'art. 840-bis c.p.c. avrebbe potuto sciogliere. A prescindere dal silenzio del decreto in punto di oggetto del processo, infatti, la lettera b) dell'art. 140-septies prevede l'individuazione, a pena di inammissibilità della domanda, del gruppo di consumatori interessati dall'azione rappresentativa. Il giudizio rappresentativo, dunque, non può che incentrarsi sulle posizioni soggettive omogenee di questi ultimi, dovendo il tribunale valutare la concedibilità di uno dei rimendi contemplati dalla nuova disciplina. E allora però, posto che ad agire è un ente che, nonostante l'intenzione di legislatori europeo e nazionale, fa valere diritti altrui[597], l'accertamento giudiziale dovrà vertere, subito dopo il vaglio di ammissibilità, non soltanto sui denunziati comportamenti illeciti, ma anche sulle cennate situazioni giuridiche soggettive. Questa conclusione comporta la materiale impossibilità che si esplichi effettivamente la cognizione giudiziale. È impossibile, infatti, gestire e vagliare a fini decisori una moltitudine significativamente elevata di diritti, ancorché omogenei[598]. Pertanto, alla luce del rimando

[594] Ormai, forse, quasi ultronea e anacronistica, essendo innegabile che anche le imprese possono essere vittima di illeciti plurilesivi.

[595] Tale collocazione, inoltre, avrebbe consentito un approccio sistematicamente unitario ai differenti strumenti di tutela giurisdizionale collettiva. Ed invero, la rubrica del titolo VIII-bis del libro IV c.p.c. si riferisce ai procedimenti collettivi in generale, e non già esclusivamente alle azioni di classe.

[596] Ed invero con riferimento alle azioni rappresentative inibitorie, improntate in tutto e per tutto al sistema dell'opt-out, oggetto dell'accertamento giudiziale è la illiceità della condotta denunziata, prescindendosi tra l'altro dalla prova dei danni da essa prodotti.

[597] E qui si rinviene inevitabilmente il punto di contatto tra azioni di classe e azioni rappresentative compensative.

[598] Questo era il più grave difetto dell'art. 140-bis cod. consumo e, di contro, uno dei pregi della tripartizione procedimentale introdotta nel 2019. Con riferimento alle azioni di classe, si è sostenuto che la legittimazione ad agire degli enti fosse propria, non precludendo le iniziative dei singoli danneggiati ma aggiungendosi ad esse. Conseguentemente, nel caso in cui ad agire sia un ente, oggetto del giudizio sarebbe un interesse collettivo, afferente all'accertamento di questioni comuni ad un gruppo di danneggiati indefiniti, e la sentenza sarebbe di mero accertamento e non di condanna; in tal senso U. Corea- M. L. Guarnieri, "*La nuova class action al debutto: uno sguardo d'insieme*" in "*Judicium.it*", Pacini giuridica, pagine 4-5; I. Speziale, "*La nuova azione i classe: riflessioni critiche sulla riforma*" in "*Il Corriere giuridico*" 7/2020, pagina 964. A. C. Di Landro, "*Ospitalità ed omogeneità nella nuova azione di classe. Nuove prospettive di riflessione*" in "*Jus civile*" 5/2020, pagina 1268, sostiene che la legittimazione degli enti sia autonoma, ma che gli stessi debbano sempre individuare nominativamente i titolari dei diritti a tutela dei quali si agisce, escludendo, dunque, che la situazione soggettiva tutelata sia un interesse collettivo. Anche C. Consolo, "*La terza edizione*" citata, pagina 738, e ID, "*L'azione di classe trifasica*" citata, pagina 721, propende per la legittimazione autonoma degli enti. Parla invece di legittimazione straordinaria dell'ente G. Caruso, opera citata, pagina 3, la quale si attaglierebbe ad una relazione di rappresentanza ideologica tra ricorrente e classe, alla quale, a seguito della ordinanza di ammissibilità della

alla struttura delle azioni di classe, con il differimento della compulsazione delle posizioni soggettive dei singoli consumatori interessati alla fase susseguente alla sentenza di merito accertante la sussistenza di una violazione, può affermarsi che il *thema decidendum* delle azioni rappresentative involgerà una condotta del professionista convenuto, la sua illiceità e la capacità di arrecare nocumento. Ma a questa conclusione si giunge grazie al non richiamato art. 840-bis c.p.c.[599].

Procedendo con la disamina delle disposizioni in materia di azioni di classe fatte proprie dal decreto del 2023, bisogna notare come le prime recepiscano in concreto l'intera struttura del procedimento di classe, con i conseguenti inconvenienti applicativi. Anzitutto, l'atto introduttivo è un ricorso[600], il quale, unitamente al decreto fissativo dell'udienza, deve essere pubblicato a cura della cancelleria[601] nella area pubblica dei servizi telematici[602] gestita dal

domanda, farebbe capo la legittimazione. L'A. sostiene che con tale ordinanza la classe venga entificata e che la rappresentanza ideologica scaturisca dal garantismo processuale collettivo, posto che la partecipazione di tutti gli interessati al giudizio renderebbe praticamente inattuabile la tutela giudiziale. Anche D. Amadei, "*Nuova azione di classe"* citata, pagine 1053-1055, sostiene che quella degli enti sia una legittimazione straordinaria -accanto alla quale, secondo l'A., doveva essere prevista una legittimazione passiva più ampia, di modo da includere anche il professionista, per coerenza con la generalizzazione delle posizioni soggettive tutelabili-, dal momento che essi agiscono in nome proprio facendo valere in giudizio diritti individuali omogenei altrui, e non una propria posizione giuridica. In particolare, l'A. ritiene indicativa in tal senso la locuzione "a tal fine", di cui al comma 2 dell'art. 840-*bis* c.p.c.. Suddetta ricostruzione, pur configurandosi *prima facie* come convincente, è in realtà smentita dalla circostanza per cui l'oggetto del giudizio non sono i diritti dei singoli aderenti, bensì l'accertamento della condotta addebitata al convenuto. Potrebbe, dunque, sostenersi, che le persone giuridiche facciano valere una propria posizione giuridica, se non sostanziale, quantomeno processuale. A. Giussani, "*Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*" in "*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*", 4/2019, pagina 1301, sostiene si tratti di legittimazione straordinaria, come confermerebbe l'impossibilità di cumulare azione di classe e inibitoria collettiva. A. Carratta, "*I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura"* citata, pagina 2298, distingue in seno alla legittimazione del singolo ricorrente tra legittimazione ordinaria, con riferimento al proprio diritto leso, e straordinaria, relativamente ai diritti individuali omogenei degli aderenti.

[599] Si aggiunga che l'art. 140-octies esclude l'intervento di terzi *ex* art. 105 c.p.c., proprio alla stregua dell'art. 840-bis c.p.c., al fine di garantire coerenza sistematica delle linee di azione, ovverosia sintonia e ordine nella formulazione delle pretese. Inoltre, la minimizzazione del fenomeno litisconsortile depone a favore dei tentativi di composizione amichevole delle controversie, in tal senso si veda A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" in "*Rivista di diritto processuale civile*" 2019, pagina 1577. I titolari di diritti omogenei, infatti, sono legittimati ad aderire, nei tempi e nei modi di legge. Rimane ferma, ovviamente, la possibilità che si palesino comunque situazioni litisconsortili, ad esempio dal lato passivo della domanda giudiziale, con la chiamata di terzo su istanza di parte ovvero su ordine del giudice, come corroborato dalla disciplina del rito semplificato di cognizione (richiamata da parte del decreto di recepimento), il quale, a differenza del previgente rito sommario, fa espressamente riferimento a tale istituto (art. 281-duodecies c.p.c.).

[600] Una delle lacune più gravi della disciplina in punto di azione di classe attiene proprio al contenuto del ricorso introduttivo, situazione non sanata neppure dal decreto recettivo della direttiva del 2020. Anzi, in quest'ultimo caso, la mancanza in parola si configura come decisamente critica, considerate le disposizioni sul rito semplificato di cognizione, e segnatamente l'onere di precipua contestazione dei fatti dedotti dalla controparte, in capo al convenuto, nonché quello, per tutte le parti, di racchiudere già nell'atto introduttivo ogni argomentazione e richiesta istruttoria, posto che l'attribuzione di termini preposti allo svolgimento di tali attività processuali è facoltativa e subordinata alla sussistenza di un giustificato motivo.

[601] G. Gerardo, opera citata, pagina 12 ritiene che, trattandosi di requisito ai fini della procedibilità della domanda, la mancata pubblicità importi una dichiarazione di inammissibilità, con sentenza di mero rito. Tuttavia, riteniamo che, essendo tale attività onere della cancelleria, non possa farsi gravare sulla classe l'inottemperanza del predetto.

[602] Critico su tale forma di pubblicità del ricorso F. Tedioli, opera citata, pagina 1416, dal momento che la stessa intacca la reputazione dell'impresa, prima di una decisione di ammissibilità e senza che sia prevista la pubblicità, nelle medesime

Ministero della giustizia, entro 10 giorni dal deposito del decreto, al fine di assicurare una agevole reperibilità delle informazioni da parte di soggetti potenzialmente interessati ad aderire. Oltre al secondo comma dell'art. 840-ter c.p.c., sono richiamati altresì i commi 7 e 8 in punto di reclamo avverso l'ordinanza di ammissibilità/inammissibilità innanzi alla Corte di appello[603]. Non viene, invece, incamerato dal decreto del 2023 il restante contenuto dell'art. 840-ter c.p.c., inerente alla fase di ammissibilità e ai motivi di inammissibilità della domanda.

forme, dalla comparsa di risposta del convenuto. Al riguardo, D. Amadei, "*Nuova azione di classe*" citata, pagina 1055, parla di rischio di "una sorta di gogna per il convenuto"; nello stesso senso si esprime A. Amidei, opera citata, pagina 103. Sul punto C. Consolo, "*La nuova azione di classe, non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere*" in "*Rivista di diritto Bancario*", 2018, pagina 637, evidenzia una esternalità positiva scaturente dalla pubblicizzazione della comparsa di risposta, posto che le difese dell'impresa ivi contenute andrebbero a impegnare la stessa nei confronti del mercato. Pertanto, ove le predette dovessero risultare non veritiere, la credibilità dell'operatore economico verrebbe (aggiungiamo, giustificatamente) intaccata. In seguito, però, ID, "*L'azione di classe trifasica*" citata, pagina 727, ritiene che la memoria di costituzione in giudizio del resistente dovrebbe essere pubblicata nell'area pubblica telematica, in virtù del principio della parità delle armi: la pubblicità della ordinanza di inammissibilità, infatti, potrebbe non essere sufficiente per ovviare alla pubblicità negativa sofferta dalla impresa. Si tratterebbe, inoltre, di una garanzia per i potenziali aderenti, i quali avrebbero la possibilità di conoscere le difese del convenuto e, quindi, sondare la opportunità o meno della adesione. Sulla vulnerazione della parità delle armi, dovuta alla mancata pubblicità della comparsa di risposta, conseguenza che preclude altresì ai potenziali aderenti di ponderare la scelta sulla adesione, si veda anche A. D. De Santis, "*Il procedimento*" citata, pagina 349.

[603] In concreto la decisione sul reclamo, da proporre entro 30 giorni dalla notificazione ovvero dalla comunicazione dell'ordinanza, viene adottata dalla Corte di appello, a seguito di rito camerale entro 30 giorni dal deposito del ricorso; critico in tal senso G. Scarselli, "*La nuova azione di classe*" citata, pagina 667. Nell'evenienza di accoglimento del ricorso/reclamo, gli atti devono essere rimessi al tribunale. Criticità della norma citata, oltre alla irragionevolezza che si giunga ad una decisione entro 30 giorni, è la previsione tale per cui il reclamo in parola non sospende lo svolgimento del procedimento di prime cure (sul presupposto che il reclamo sia direzionato avverso una ordinanza di ammissibilità dell'azione). Si assiste cioè ad un possibile dispendio inane di risorse giudiziali, posto che il procedimento innanzi al tribunale potrebbe continuare, sino a giungere, nei casi più estremi, alla fase atta a vagliare la fondatezza delle singole adesioni, con potenziale caducazione di tutti gli accertamenti effettuati nel caso in cui la Corte di appello accolga il reclamo, statuendo sulla inammissibilità della domanda. Del pari, la riforma della sentenza di accoglimento in appello andrà a travolgere tutti gli atti del primo grado, incluso l'eventuale decreto di liquidazione. A tale proprio, A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagina 1588, mette in luce come tale caducazione involgerebbe anche un decreto divenuto definitivo, sussistendo una statuizione pregiudiziale incompatibile. C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagine 735-736, nell'evenienza di riforma in appello della sentenza di accoglimento, pur ritenendo inevitabile il travolgimento della fase di adesione svoltasi innanzi al Tribunale, in quanto dipendente dalla sentenza, sostiene che gli atti già espletati non vengano meno sino al giudicato della sentenza di riforma, potendo la stessa essere soggetta a ricorso per cassazione. Nello stesso senza R. Donzelli, *Le impugnazioni della sentenza e del decreto*" in B. Sassani (a cura di) "*Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*", Pacini, Pisa 2019, pagina 203, il quale, però, mette opportunamente in luce come, così argomentando, il resistente, eventualmente vittorioso nel giudizio di appello, si vedrebbe comunque esposto alla procedura di liquidazione dei danni individuali e alla esecuzione forzante collettiva, prospettando come soluzione la sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza. E, in particolare, quest'ultima potrebbe essere disposta dal giudice d'appello (in via soltanto facoltativa *ex* art. 337 c.p.c.) oppure da parte del giudice delegato, posto che la procedura di liquidazione delle pretese dei singoli aderenti trova fondamento proprio nella sentenza. P. Farina, opera citata, pagina 659, critica il termine processuale previsto per la proposizione del reclamo, in quanto eccessivamente breve. Anche P. Massaro, "*The Italian class action reform: a redisigned tool beyond consumer law" in "European Review of Private Law*", 4/2020, pagina 855, evidenzia il rischio che il procedimento non sospeso sia inutile e dannoso. G. Scarselli, "*La nuova azione di classe*" citata, pagina, sostiene correttamente come non sia possibile per la Corte di Appello pervenire ad una decisione in trenta giorni dal deposito del reclamo, anche perché dovrebbe previamente fissarsi un'udienza per la discussione delle parti. Sul punto, l'A. sottolinea come questa congestione temporale comporti una compressione del diritto al contraddittorio e di difesa. C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica"* citata, pagina 728, sostiene che suddetto termine non sia destinato ad operare, dovendosi garantire il contraddittorio e riconoscere alla controparte un termine per la memoria difensiva.

Con riguardo a questi ultimi, per la verità, si prospetta una sovrapponibilità parziale[604], tra quanto previsto per le azioni rappresentative e la disciplina delle azioni di classe, con l'aggiunta di cause di inammissibilità afferenti al difetto dei requisiti richiesti dalla legge per gli enti legittimati, anche a seguito di contestazione da parte del convenuto, alla mancata enucleazione, in seno al ricorso introduttivo, di elementi necessari a individuare il gruppo di consumatori interessati dalla iniziativa giudiziaria, nonché alla non corrispondenza tra oggetto sociale dell'ente rappresentativo e proposizione di una azione rappresentativa a tutela degli interessi dei consumatori.

La scelta di assoggettare il vaglio di ammissibilità al nuovo rito semplificato non sembra appieno convincente. Ed invero, proprio il carattere eminentemente sommario della valutazione[605], specie in punto di manifesta infondatezza della domanda, avrebbe dovuto indurre il legislatore a introdurre una formulazione che consentisse al giudice adito ampi poteri gestori[606]. E infatti, nonostante fosse necessario imbastire uno schema di predeterminazione legale per la tutela giurisdizionale collettiva, d'altra parte bisogna evidenziare come non è stato possibile, ad oggi, attestare se i poteri di gestione nella trattazione e istruzione delle controversie di classe, contraddistinti appunto da un margine di discrezionalità operativa, nuocessero effettivamente al diritto di difesa delle parti e al contraddittorio. Di più. Consentire una certa flessibilità gestoria al giudice, nelle ipotesi di procedimenti seriali, si configurava come opportuno, stante la complessità degli accertamenti fattuali e delle questioni giuridiche da sciogliere[607]. Nell'alveo delle azioni rappresentative,

[604] In particolare, in punto di manifesta infondatezza, non omogeneità dei diritti individuali dei consumatori, di conflitto di interessi. Con riferimento a quest'ultimo motivo di inammissibilità, però, la formulazione del decreto appare più logica, facendo riferimento ad un conflitto tra finanziatore e convenuto ovvero alla sussistenza di un rapporto di dipendenza tra i predetti. Ed invero la formulazione dell'art. 840-ter c.p.c. rasenta la manifesta illogicità. Sapientemente, F. Cossignani, ne "*La ammissibilità della domanda nell'azione di classe*" in "*La class action riformata"* a cura di A. Carratta pubblicata in "*Giurisprudenza italiana"*, 2019, pagina 2301, nota la insensatezza della formulazione di tale norma giuridica. È ovvio che tra ricorrente e resistente insista una confliggenza di interessi, altrimenti si prospetterebbe una collusione lesiva dei diritti degli aderenti alla azione di classe. Più sensato è parlare, quindi, di conflitto di interessi tra attore ed aderenti, situazione comunque già inglobata nel caso di inadeguata capacità di cura da parte del primo delle posizioni giuridiche dei secondi, e di collusione tra ricorrente e parte resistente.

[605] U. Corea- M. L. Guarnieri, opera citata, pagina 6, riconnettono il giudizio di manifesta infondatezza ad un accertamento sommario sulla sussistenza dell'illecito, del nesso causale e del danno, cioè su fatti notori e di evidenza sociale, sì da configurarsi come apprezzamento immediato e agevole dei fatti rilevanti. In punto di sommarietà, però, gli Autori criticano la scelta procedimentale, alla luce delle molteplici adesioni possibili e della complessità in fase decisoria in un giudizio seriale. Aggiungiamo che, probabilmente, sarebbe più opportuno parlare di fatti aventi una marcata incidenza sociale o di elevata capacità diffusiva dei danni sul mercato piuttosto che di fatti notori.

[606] G. Gerardo, opera citata, pagine 5-6, riconnette il successo della class action in USA, oltre che al ruolo ricoperto dagli studi legali, proprio alla maggiore sensibilità e agli ampi poteri gestori del giudice.

[607] Senza considerare, poi, la circostanza per cui la disciplina del rito semplificato si presta, come messo in luce *supra*, a un problematico congestionamento di attività argomentative e richieste istitutori delle parti, nonché di modificazioni di domande e conclusioni, in tempi, peraltro, sensibilmente ristretti. Contrario alla scelta del rito sommario per le azioni di

invece, si assiste ad una involuzione, forse nel tentativo di discostarsi dal modello statunitense o, più probabilmente, per un errore di valutazione. La disciplina delle azioni di classe difatti si contraddistingue per celerità e semplificazione processuale prettamente nella fase di ammissibilità[608]. La prosecuzione del procedimento, di contro, è predeterminata *ex lege,* con una chiara definizione di ruolo e funzioni del giudice e della figura del rappresentante comune degli aderenti[609].

Identica alla disciplina delle azioni di classe, poi, è la facoltà di riproporre la domanda dichiarata inammissibile per manifesta infondatezza per il mutamento delle circostanze ovvero per la deduzione di nuove ragioni di fatto o di diritto[610], così come la facoltà di sospendere il giudizio ove sui fatti rilevanti ai fini del decidere sia in corso una istruttoria

classe G. Afferini, "*La nuova azione di classe antitrust*" citata, pagina 139, proprio per la complessità delle controversie in parola.

[608] Sul fatto che la fase di ammissibilità risponda, da una parte, ad esigenze di economia processuale ed efficienza del sistema giudiziario e, dall'altra, costituisca una forma di tutela per il convenuto, offrendo una difesa contro azioni palesemente pretestuose e non meritevoli, e per gli aderenti stessi, i quali non si vedranno preclusa la possibilità di agire, anche individualmente, nelle ipotesi di azione di classe mal gestita, A. D. De Santis, "*Il procedimento*" in *"Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31"* a cura di Sassani, Pisa, 2019, pagina 92; A. Amidei, "*L'ammissibilità dell'azione di classe fra omogeneità dei diritti individuali azionati e garanzie di adeguata gestione del processo*" in "*Class action ed azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*", a cura di U. Ruffolo, 2021, pagine 67- 68; D. Amadei, "*L'azione di classe inammissibile tra effetti preclusivi e ricorso per cassazione*" in "*Giur. It*.", 2017, 8-9. Riteniamo, però, che, a differenza di quanto potrebbe prospettarsi nel sistema statunitense, il vaglio di ammissibilità non mira a prevenire rischi di *legalized blackmails*, ovverosia di azioni ricattatorie strumentalmente preposte a costringere l'impresa convenuta a transigere, al fine di evitare danni all'immagine. A. Amidei, ultima opera citata, pagina 103, ritiene altamente difficile che il Tribunale riesca, con una cognizione sommaria e *in limine litis*, ad attestare l'esistenza di un conflitto di interessi, la non manifesta infondatezza della domanda e la adeguatezza del ricorrente nel curare gli interessi della classe.

[609] E anzi si potrebbe sostenere l'eccessiva complessità dello schema tripartito prescelto dal legislatore del 2019, che appesantisce i procedimenti di classe.

[610] Il legislatore, dunque, ha scelto di avallare gli ultimi arresti giurisprudenziali sulla non ricorribilità in Cassazione dell'ordinanza di ammissibilità o inammissibilità, salvo che per motivi legati alle spese processuali. G. Scarselli, opera citata, pagina 3, ID "*La nuova azione di classe*" citata, pagina 667, E. Fanesi, opera citata, pagina 7, sostengono, invece, che l'ordinanza dovrebbe essere ricorribile per Cassazione *ex* art. 111 Cost., in quanto contraddistinta da definitività, non potendosi far valere la medesima pretese in un altro giudizio, se non in ipotesi di mutamenti delle circostanze ovvero di deduzione di nuove ragioni di fatto e di diritto. Nello stesso senso A. D. De Santis, "*Il procedimento*" citata, pagina 101, il quale evidenzia come l'arresto delle sezioni unite del 2017 sia in contraddizione con quanto affermato sempre dalle sezioni unite in punto di ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di inammissibilità dell'appello *ex* art. 348-ter c.p.c. ID, "*Il procedimento*" citata, pagina 352, rimarca, inoltre, come l'ordinanza di inammissibilità per manifesta infondatezza sia dotata di maggiore stabilità rispetto alle altre pronunzie della medesima tipologia legate agli altri motivi di inammissibilità. In tal senso, ID, "*Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe: profili processuali*" *"Class action e zione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 312*", a cura di U. Rufolo, 2021, pagine 123-124 e 127, assimila l'ordinanza di inammissibilità per manifesta infondatezza ad un giudizio *rebus sic stantibus*, posto che la medesima domanda, oggetto di reiezione, può essere riproposta soltanto per mutamenti delle circostanze o deduzione di nuove ragioni di fatto o di diritto. Decisivo, però, il rilievo dell'A., da un punto di vista strettamente pragmatico: ammettere il ricorso per Cassazione nella fase introduttiva di un giudizio di classe sarebbe senza dubbio opportuno, trattandosi della fase più delicata del procedimento. Anche D. Dalfino, "*Le impugnazioni*", pagina 192, propugna la possibilità di ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza di inammissibilità per manifesta infondatezza, inevitabilmente involgente profili di merito della controversia. *Contra*, F. Elefante, opera citata, pagina 55, il quale reputa ragionevole l'esclusione del ricorso per Cassazione contro la ordinanza di inammissibilità, poiché l'azione di classe costituisce uno strumento processuale che si aggiunge a quelli ordinari spettanti al soggetto potenzialmente danneggiato, legittimato a far valere la propria pretesa con una azione individuale avente la medesima finalità di quella di classe.

innanzi ad una autorità amministrativa indipendente oppure un giudizio impugnatorio dianzi al giudice amministrativo.

Segue, poi, il blocco di articoli, da 840-quater a 840-terdecies, con l'aggiunta dell'art. 840-quaterdecies, incamerato dal decreto legislativo del 2023.

In particolare, al fine di evitare una pluralità di azioni di classe direzionate contro il medesimo soggetto e incentrate sugli stessi fatti, l'art. 840-quater sancisce l'inammissibilità di tutte le iniziative collettive promosse dopo quella che è stata per prima pubblicata sul portale dei servizi telematici[611] (precisamente, decorsi 60 giorni da tale pubblicazione[612]). Ove, però, la

[611] A. Giussani, "*Le azioni di classe dei consumatori*" citata, pagina 168, mette in guardia dai rischi di accordi collusivi scaturenti da un potere consumativo delle azioni di classe così congegnato. Ed invero, non è difficile immaginare che il convenuto possa stringere un accordo con il primo proponente, artificiosamente o fisiologicamente incapace di rappresentare adeguatamente le istanze della classe, al solo fine di far dismettere l'iniziativa collettiva. E peraltro, suddetti rischi si prospettano come ancora più plausibili per l'entrata in scena, nelle azioni rappresentative, del terzo finanziatore. Questi, da una parte, potrebbe essere un potenziale concorrente della parte resistente, intenzionato a esautorare la stessa dal mercato sfruttando un'aziona di classe dispendiosa. Dall'altra, potrebbe anche essere intenzionato a stringere un accordo con il professionista, di modo da devitalizzare la azione rappresentativa finanziata. E. Fanesi, opera citata, pagina 6, ritiene che la ratio della previsione citata sia quella di convogliare il più alto numero di pretese omogenee con l'adesione, evitando così una moltiplicazione delle domande. F. Tedioli, *"Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile"*, citata, pagina 1414, critica il fatto che il primo ricorrente sia semplicemente chi abbia proposto per primo una domanda giudiziale, e non, come avviene invece nell'ordinamento statunitense, il soggetto maggiormente capace di curare gli interessi della classe.

[612] Per le azioni di classe (e, adesso, anche quelle rappresentative) promosse in questa fascia temporale, invece, è disposta la riunione alla prima iniziativa giudiziale. Soluzione, questa, logica e ragionevole, di cui però il legislatore non ha compiutamente regolato taluni effetti. Ed invero, i ricorrenti delle azioni proposte *ex post*, nel silenzio della legge, devono considerarsi come aderenti. E allora ci si potrebbe chiedere se debbano presentare un atto di adesione ovvero se possa essere considerato tale il ricorso introduttivo, sottoposto a conversione. Conversione, però, non automatica, posto che il singolo potrebbe non essere interessato ad aderire all'altrui iniziativa, ad esempio perché reputa la linea di azione del primo ricorrente difettosa e insufficiente. Di qui la necessità di una previsione legislativa chiara. Di conseguenza, poi, i difensori dei predetti ricorrenti non dovrebbero poter godere del compenso premiale, riservato soltanto al legale del primo (e, aggiungiamo, unico, stante la non configurabilità di un litisconsorzio dal lato attivo del giudizio) ricorrente. D. Amadei, "*Nuova azione di classe*" citata, pagina 1057, critica la cancellazione dal ruolo delle azioni proposte dopo la scadenza del termine decorrente dalla pubblicazione del decreto, posto che ciò avviene senza sapere se l'iniziativa giudiziale incardinata per prima sarà dichiarata ammissibile oppure se il procedimento si chiuderà con una sentenza di rito.
Critica il compenso premiale per gli avvocati F. Tedioli, opera citata, pagina 1419, in quanto meccanismo che si presta ad aumentare la litigiosità. Nello stesso senzo anche A. Saija, "*La distinzione tra public e private enforcement del diritto antitrust*" citata, pagina 127; S. Azzarello, "*La terza fase dell'azione di classe*" citata, pagina 94. P. Fiorio ne "*La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*" citata, pagina 21, mette in guardia dai possibili abusi processuali ed azioni strumentali a causa del compenso premiale. Malavasi – G. Ricciardi, "*La nuova class action: analisi delle principali disposizioni*" reperibile sul sito db approfondimenti, pagina 40, prospettano persino la illegittimità costituzionale di tale compenso premiale, sostenendo l'improbabilità che le azioni di classe, vista la legittimazione degli enti esponenziali, siano organizzate e promosse dagli stusi legali. *Contra* A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagina 1573, visto che tale compenso agevolerà la predilezione, da parte degli avvocati, per azioni apparentemente fondate. P. Farina, opera citata, pagina 666, evidenzia come l'ultimo comma dell'art. 840-octies c.p.c. realizzi una vera e propria distrazione *ex lege* in favore del difensore, senza l'occorrenza che questo si dichiari intestatario. A. C. Di Landro, "*Ospitalità ed omogeneità*" citata, pagina 1278, pur non criticando in toto l'introduzione di un compenso premiale, sottolinea che il metodo di calcolo dello stesso, variabile a seconda del numero degli aderenti, oltre a non essere una attrattiva sufficiente per gli studi legali, rende meno praticabili anche l'eventuale definizione transattiva della controversia a causa della incertezza sulla componente soggettiva dell'accordo. Secondo l'A. si profila cioè il rischio che l'iniziativa delle azioni di classe resti affidata alle associazioni. Situazione, questa, che ad oggi, alla luce della disciplina delle azioni rappresentative a tutela dei consumatori, sembra essere stata avallata a livello legislativo. C. Biasior, "*Private antitrust enforcement: la prospettiva del mercato. La nuova azione di classe*" citata, pagina 149, ritiene che pensare che l'azione di classe possa decollare senza la leva di un ritorno economico per gli studi legali sarebbe

prima azione venga dichiarata inammissibile o il giudizio si concluda con una sentenza di rito, non si prospettano ostacoli per le azioni parallele. La *ratio* della norma in esame è quella di evitare un affollamento processuale[613], latore di sensibili difficoltà di trattazione e dell'allungamento delle tempistiche decisorie, nonché di confusione e incertezza per la posizione del convenuto e, in ultima istanza, del rischio di giudicati contrastanti.

3.1 L'omogeneità dei diritti individuali.

Nonostante il difetto di omogeneità dei diritti individuali dei consumatori costituisca una delle cause di inammissibilità anche per le azioni rappresentative, nessuna disposizione dell'atto normativo in esame contiene una definizione in tal senso. Si tratta di una gravissima lacuna per due ordini di motivi. Anzitutto, l'art. 140-ter declina una pletora di definizioni, dell'utilità di alcune delle quali può senz'altro dubitarsi[614], ma non ha positivizzato i pregressi orientamenti giurisprudenziali sulle caratteristiche che devono accomunare i diritti individuali dei soggetti danneggiati. Inoltre, l'affinità delle posizioni soggettive fatte valere in giudizio costituisce, per le azioni rappresentative così come per le azioni di classe, uno snodo cruciale del processo tutto, non soltanto in fase di ammissibilità, ma anche nell'accertamento di merito. Ed invero, in assenza di una delimitazione da parte del giudice sui caratteri che i diritti dei componenti della classe devono possedere, non può pervenirsi alle adesioni. Ora, posto che il legislatore, nella sua pigrizia, non ha scolpito con chiarezza i requisiti della omogeneità, non resta che fare affidamento sugli approdi raggiunti dalla giurisprudenza al riguardo[615]. Bisogna, poi, rimarcare un inconveniente della disciplina delle azioni rappresentative

ingenuo. C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagina 740, accoglie favorevolmente l'introduzione di un compenso premiale per gli avvocati, i quali dovrebbero costituire il motore della azione di classe, motivo per il quale si dovrebbe perseguirsi lo scopo di creare un settore specializzato nell'istituto in parola. Di contro, però, l'A. nota come tale compenso, peraltro dimezzabile da parte del giudice, non sembra possa costituire un valido incentivo economico per indurre gli studi legali a sostenere azioni di classe contro la categoria imprenditoriale, motivo per il quale ruolo primario continuerà verosimilmente a essere ricoperto dalle associazioni di categoria.

[613] C. Consolo, "*La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina"* ne "*Il Corriere giuridico*", 2019, pagina 740, nota come la presenza di plurimi attori in giudizio implicherebbe la frantumazione della conduzione processuale della controversia.

[614] Ad esempio, non si prospettava come imprescindibile soffermarsi sulla nozione di consumatore, essendo sul punto sufficiente rinviare a quella già contenuta nel codice del consumo (all'interno del quale la disciplina delle azioni rappresentative ha trovato dimora). Allo stesso modo, sarebbe stato più proficuo e utile per il legislatore tipizzare i caratteri della omogeneità dei diritti individuali, sì da agevolare anche l'operato del giudice, piuttosto che direzionare l'attenzione sul concetto di interessi collettivi dei consumatori, senza, peraltro, pervenire ad una nozione chiara.

[615] Già con riguardo alla legge n. 31/2019 R. Donzelli, "*L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*" in "*Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di BV. Sassani, Pisa, 2019, pagina 12, si rammaricava della occasione sprecata da parte del legislatore di fornire una definizione legale del concetto di omogeneità.

compensative. Mancando un rinvio ai primi tre commi dell'art. 840-quinquies, non si comprende come dovrebbe funzionare il sistema delle adesioni, con riferimento ai termini e alla facoltà stessa di aderire. Quest'ultima, infatti, si attaglia al contenuto dell'ordinanza di ammissibilità, la quale però, per le azioni rappresentative, risulta sprovvista di una regolamentazione. E allora, per garantire la funzionalità del sistema tutto, riteniamo si debba prevedere che nell'ordinanza di ammissibilità il tribunale statuisca i caratteri e il grado assimilabilità delle posizioni giuridiche individuali, a meno che non voglia sostenersi che il legislatore italiano abbia sposato tacitamente, o meglio ermeticamente, il sistema adesivo dell'opt-out. Soluzione, questa, non irragionevole, ma che forzerebbe la lettera della legge. Tornando al concetto di omogeneità, questa si configura come medesimezza o affinità della *causa petendi,* ovverosia del fatto costitutivo[616] da cui originano i pregiudizi lamentati, e del nesso di causalità[617]. Le posizioni soggettive lese devono essere agguagliabili anche con

[616] A. Giussani, "*Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*" in "*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*" 1-2019, pagina 173, ritiene che ciò sia testimoniato dalla etimologia del termine "omogeneità", dal greco ὁμογενής, della medesima famiglia, stirpe, ecc. P. Farina, opera citata, pagina 655, afferma che i diritti omogenei siano posizioni giuridiche distinte ma dipendenti dalle medesime questioni di fatto o di diritto. E. Fanesi, opera citata, pagina 3, riconduce l'omogeneità dei diritti ad un collegamento causale (quindi, alla identità del titolo costitutivo) o improprio (per identità delle questioni). C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c*." citata, pagina 715, ritiene che l'omogeneità non debba riferirsi soltanto alla comunanza di questioni, dovendosi invece intendere anche come "isomorfismo socio-economico", poiché occorre ragionare non con strumenti classici, afferenti ad una dimensione prettamente individualistica, ma avendo come punto di riferimento gli *small claims*. A. A. Dolmetta, "*Profili emergenti nelle azioni di classe*", testo che riproduce la relazione tenuta dall'A. al convegno "*La nuova tutela collettiva: azioni di classe e inibitorie*", Roma, 6 luglio 2019, pagina 2, ritiene, invece, che l'espressione "diritti individuali omogenei" arieggi un concetto indeterminato, come le clausole generali, sottolineando, però, come l'avversione della cultura giuridica italiana verso queste ultime rischia di frustrare l'operatività dell'istituto. E. Silvestri, "*Nuovi orizzonti per l'azione di classe*" consultabile sul sito giustiziainsieme.it, 17 settembre 2020, pagina 5, ritiene che la categoria dei diritti individuali omogenei sia del tutto fittizia, una *fictio* o un "escamotage" finalizzato a giustificare la protezione in forma collettiva di determinati diritti individuali appartenenti a un numero imprecisato di soggetti. Riteniamo però che sia alquanto difficile immaginare l'omogeneità come mero costrutto giuridico pensato per raccordare posizioni soggettive agguagliabili. Ed invero l'omogeneità dei diritti è senz'altro una conseguenza di illeciti plurioffensivi. Essa, inoltre, costituisce una categoria giuridica riconosciuta dalla giurisprudenza nazionale. A. Amidei, opera citata, pagina 79, riconduce primariamente la omogeneità dei diritti alla serialità della pretesa fatta valere, presupposto imprescindibile per la trattazione cumulativa dei predetti, dovendo, dunque, sussistere una comunanza di questioni giuridiche e fattuali. L'A., poi, riporta quanto asserito dal Trib. Milano, ord. 9 dicembre 2013, contenente una definizione di omogeneità particolarmente efficace: "*l'omogeneità va rintracciata non solo nella comunanza delle questioni di fatto, ma anche di diritto*... [occorrendo che…] *le questioni personali risultino del tutto inesistenti o marginali, sicché sono omogenee quelle situazioni soggettive che esprimono questioni comuni prevalenti su quelle individuali (perché altrimenti si imporrebbe la trattazione in ciascun procedimento*)". In punto di omogeneità, E. Ferrante, "*Diritti soggettivi e processo di massa*" citata, pagine 82-84, sostiene che la omogeneità dei diritti non costituisca una clausola generale, alla stregua della buona fede, né un "precetto elastico", come la diligenza, bensì un "predicato (atecnico) della posizione tutelabile". Tale ricostruzione è il precipitato della visione dell'A. della omogeneità dei diritti come una posizione soggettiva imputabile alla classe e prodotta dalla ordinanza di ammissibilità. Da una parte, tale visione consente, da un punto di vista pragmatico, di emarginare le questioni individuali; ciò è in linea con quanto opportunamente affermato dall'A. in merito alla necessità di guardare al processo di massa con le lenti di un rapporto 1:1 e di rivisitare "l'armamentario classico del processo civile". D'altra parte, però, si tratta di una posizione fallace, dal momento che la legge parla espressamente di diritti individuali omogenei, non potendo, pertanto, essere obliata la componente individualistica.

[617] Sul punto, sarà ovviamente interesse del convenuto sostenere la disomogeneità delle posizioni soggettive fatte valere in modo aggregato, circostanza, però, complicante inevitabilmente lo svolgimento del processo; per quest'ultimo rilievo

riferimento al *petitum* (domanda di provvedimenti compensativi)[618]. Di contro, non occorre la medesimezza dal punto di vista quantitativo del danno lamentato dai singoli consumatori. Pertanto, occorre la agguagliabilità del danno-evento e non già dei danni-conseguenza[619]. Quanto sopra tratteggiato, del resto, corrisponde ai risultati ermeneutici cui è pervenuta la giurisprudenza[620], nonostante alcune, recenti, interpretazioni restrittive che auspicabilmente verranno presto abbandonate[621].

A. Giussani, *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*" nota a Cass. sez. III, 31 maggio 2019, n. 14886, in "*Riv. dir. proc*.", 1/2020, pagina 365.

[618] Con riferimento alle azioni rappresentative inibitorie non si pongono le medesime difficoltà nella individuazione dei tratti di omogeneità delle posizioni individuali, posto che oggetto del giudizio coincide con la pratica o le condotte poste in essere dal professionista e dalla capacità delle stesse di nuocere agli interessi dei consumatori

[619] A. Di Landro, "*Ospitalità ed omogeneità nella nuova azione di classe. Nuove prospettive di riflessione*" in "*Jus Civile",* 2020, pagina 1266, ritiene che la omogeneità debba prettamente riferirsi al *petitum* mediato, ovverosia al bene della vita oggetto della domanda giudiziale, piuttosto che al *petitum* immediato (*quantum debeatur*).

[620] Trib. Venezia 25 maggio 2017, in "*Danno e Responsabilità*", 2018, con nota di Selini, "*Emissioni di ossido d'azoto della Wolkswagen e vaglio di ammissibilità della class action in Italia"*, ha deciso che "*nell'azione di classe a tutela dei consumatori, il requisito di ammissibilità della domanda, consistente nell'omogeneità tra i diritti individuali del proponente e dei potenziali aderenti, sussiste se la fonte del danno è comune per tutti e la quantificazione del risarcimento appare effettuabile in base a criteri uniformi*". L'orientamento maggioritario, dunque, riferisce l'omogeneità al danno evento e non al danno conseguenza; in tal senso si vedano pure Trib. Roma, 0rd. 25 marzo 2011, C. App. Tornino, ord. 23 settembre 2011, Trib. Napoli, ord. 9 dicembre 2011, Trib. Venezia, ord. 12 gennaio 2016, Trib. Cagliari, ord. 10 febbraio 2017. Sul fatto che la prevalenza delle questioni personali pregiudichi la trattazione aggregata, imponendo, a causa del difetto di omogeneità, una declaratoria di inammissibilità, Trib. Milano, ord. 9 dicembre 2013. Sulla circostanza per cui le questioni personali -che, precisiamo, è impossibile non esistano, quantomeno con riferimento al danno conseguenza- devono essere oggetto di accertamenti istruttori limitatamente al profilo della liquidazione del danno Trib. Roma, ord. 11 aprile 2011, C. App. Roma, ord. 27 gennaio 2012. Sulla sussistenza del requisito della omogeneità pur in presenza di diverse conseguenza della condotta illecita e di diversificate quantificazioni dei pregiudizi C. App. Milano, 25 agosto 2017, con nota di A. Dondi- A. Giussani, "*Azione di classe – Commonality all'italiana e avvio (timido) della nostra azione di classe*" in "*Giur. It*", 2018. Tuttavia, tale sentenza fu cassata dalla Corte di legittimità (Cass. sez. III, 31 maggio 2019, n. 14886), la quale ha riferito la omogeneità alla condotta asseritamente lesiva e alle sue conseguenze, in termini di an e di quantum. Si tratta, ovviamente, di un restringimento ermeneutico problematico, considerato il fatto che oggetto della richiesta risarcitoria erano danni non patrimoniali, con riferimento ai quali sembra inevitabile una differenziazione in termini di quantum risarcibile. Sulla necessità di adottare un criterio omogeneo per il calcolo dei danni, essendo richiesta l'unicità dal danno-evento ma non dei danni-conseguenza, Trib. Venezia, ord. 25 maggio 2017.

[621] Si fa riferimento a Cass. sez. III, 31 maggio 2019, n. 14886, in "*Riv. dir. proc*.", 1/2020, pagina 356 e ss. Non reputa si tratti di una pronunzia propendente per un approccio restrittivo A. Amidei, ultima opera citata, pagine 87-88, secondo il quale la Corte di legittimità si sarebbe limitata ad asserire che il proponente di una azione di classe deve dimostrare i tratti comuni delle voci del danno. A detta dell'A., cioè, il danno lamentato deve essere standardizzato e, quindi, riconducibile a "specifiche categorie di pregiudizi comuni ai membri della classe". Materialmente, chi aderisce all'azione di classe rinunzia ad una liquidazione personalizzata del danno, evitando, d'altra parte, i costi di una azione individuale; critico su tale standardizzazione, ancorché con riferimento alla previgente disciplina normativa, V. Tavormina, "*La nuova class action: il coordinamento con la disciplina del codice di procedura civile*" in "*Obbligazioni e Contratti*", 4/2010, pagina 246. Ora, tralasciando il fatto che quanto affermato dalla Corte di Cassazione potrebbe essere accolto soltanto con riferimento al danno evento, e non già al danno conseguenza, posto che, anche in presenza di danni patrimoniali, è assolutamente probabile una differenziazione dei pregiudizi subiti dai singoli soggetti potenzialmente aderenti, quanto affermato dalla Cassazione appare problematico poiché il caso analizzato afferiva a danni non patrimoniali. Con riferimento a questi ultimi, il danno-conseguenza è destinato inevitabilmente a variare da individuo a individuo, in considerazione delle particolarità delle singole sfere giuridiche lesionate. Ad ogni buon conto, il *dictum* della Corte di legittimità è indiscutibilmente restrittivo, dacché non viene citata la possibilità di costituire sottoclassi, situazione che consentirebbe di intercettare le differenze tra i singoli danneggiati, pur mantenendo una trattazione aggregata, e, dunque, di riconoscere l'omogeneità dei diritti. R. Simone, "*Aspetti culturali e applicativi della class action*" citata, pagina 117, sostiene che la pronunzia in esame abbia adottato un approccio restrittivo, posto che la Cassazione ha introdotto, in via pretoria, un requisito non previsto dalla legge, ossia quello della serialità del danno, il quale deve accomunare tutti gli appartenenti alla classe.

3.2 Il sistema di adesione e l'aderente.

Alla luce della assenza di una regolamentazione della fase di adesione alla azione rappresentativa, nonché del richiamo agli artt. 840-sexies e 840-septies, si è portati a ritenere che il legislatore del 2023 abbia sposato nuovamente il sistema adesivo dell'opt-in. Preliminarmente, però, si pone un dubbio. Posto il mancato richiamo, tra le norme del codice di rito, ai primi tre commi dell'art. 840-ter, sembra che il legislatore abbia smembrato la procedura di adesioni, dimidiando le possibilità di accesso alla tutela rappresentativa. Ed invero, la peculiarità caratterizzante le azioni di classe italiane consiste nella previsione di due finestre temporali per presentare adesione[622]: la prima a seguito dell'ordine di ammissibilità, la seconda posteriormente all'eventuale sentenza di accoglimento[623].

In concreto, con l'ordinanza declaratoria di ammissibilità della domanda, il giudice fissa un termine perentorio, non inferire a 60 giorni e non superiore a 150 giorni, entro cui possono essere presentate le adesioni[624], in formato digitale, in base ad un modello stabilito con decreto

[622] G. Scarchillo, "*Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*", citata, pagina 137, qualifica il sistema di adesioni prescelto dal legislatore della riforma del 2019 quale ibrido, in considerazione della valenza *secundum eventum litis* della decisone di merito. Per la verità, però, il sistema di adesioni rimane esclusivamente di opt-in, seppure con una duplice possibilità di manifestare la volontà adesiva, ciò a prescindere dalla facoltà di soggetti non aderenti di avvalersi di una decisione giudiziale favorevole alla classe. Facoltà, quest'ultima, che si giunge a riconoscere per ragioni connesse alla concreta difficoltà per il giudice adito in via individuale di ignorare una decisione a carico del soggetto convenuto.

[623] Per la verità, nulla vieta ai soggetti interessati di aderire a monte della azione di classe, vale a dire al momento della proposizione del ricorso da parte di un componente della classe ovvero di un ente rappresentativo. *Contra* A. Amidei, "*L'ammissibilità dell'azione di classe fra omogeneità dei diritti individuali azionati e garanzie di adeguata gestione del processo*" in "*Class action ed azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*", a cura di U. Ruffolo, 2021, pagina 71.

[624]Il corposo contenuto di tale domanda, previsto a pena di inammissibilità, è enucleato dall'art. 840-septies del c.p.c. Puntuale è il rilievo di M. Bove, ne *"L'aderente*" in "*La class action riformata*", pagine 2305-2306, a cura di A. Carratta, circa la preferibilità di una declaratoria di nullità della domanda di adesione deficitaria di taluni requisiti in luogo della inammissibilità, reputata troppo severa, dal momento quest'ultima è insanabile e, inoltre, è generalmente prevista come sanzione in sede di impugnazione. E difatti, L'A. sottolinea come la inammissibilità sia sempre rilevabile d'ufficio, a differenza della nullità -donde la maggiore severità della sanzione processuale- e, in aggiunta la declaratoria di inammissibilità consegue a inottemperanze assolutamente sanabili (*id est* la mancata contribuzione al fondo spese o la omessa indicazione delle coordinate bancarie ai fini dell'accredito del quantum risarcitorio).

Inoltre, è del tutto anodino e fuori segno l'obbligo, previsto dalla lettera *g* di tale articolo, di riportare la seguente attestazione: "Consapevole della responsabilità penale prevista dalle disposizioni in materia di dichiarazioni sostitutive, attesto che i dati e i fatti esposti nella domanda e nei documenti prodotti sono veritieri". Non si comprende il perché il diritto ad agire di un aderente, tra l'altro non suffragato dalla acquisizione della qualità di parte, debba venire sterilizzato tramite la prospettazione della responsabilità penale. Se per il legislatore era così necessario scoraggiare domande pretestuose, al più poteva predisporsi una responsabilità amministrativa o civile per lite temeraria. A. D. De Santis, "*L'adesione*" in "*Foro it*", 2019, pagina 359, e ID "*La tecnica di composizione della classe: le adesioni e i loro effetti*" citata, pagina 136, nota opportunamente come una tale dichiarazione sia priva di portata precettiva, posto che sarebbe impossibile immaginare una vincolatività in capo al giudice a causa delle dichiarazioni degli aderenti, ferma restando la pericolosità di una previsione di responsabilità penale, del tutto irragionevole. A. Menegalli, opera citata, pagina 2316, fa notare come tale statuizione di verità ricordi lo *statement of truth* o *affidavit* del diritto statunitense. C. Consolo, "*L'azione*

dal Ministero della giustizia. L'art. 840-septies impone il deposito telematico dell'atto di adesione, produttivo degli effetti di una domanda giudiziale, tramite posta elettronica certificata o il sistema SPID[625]. Al riguardo, anche se la legge non impone l'assistenza del ministero di un difensore[626], non è difficile immaginare che i potenziali aderenti, nelle azioni rappresentative, destinate esclusivamente a consumatori e utenti necessitino di ausilio tecnico e di informazioni propedeutici all'accesso alla giustizia[627].

Nell'ipotesi di accoglimento della azione, poi, il giudice fissa un nuovo un termine perentorio per le adesioni. Questa seconda insenatura temporale è stata progettata da legislatore per incentivare interventi adesivi in modo massiccio, in forza di un riconoscimento giudiziale della responsabilità del convenuto[628]. La possibilità di adesione dopo la sentenza di accoglimento[629] ha diviso la dottrina. Essa è stata osteggiata da alcuni autori, soprattutto per

di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c." in "*Rivista di diritto processuale*", 2020, pagina 741, nota la totale illogicità di suddetta statuizione degli aderenti, posto che il giudice delegato non potrà mai essere considerato vincolato alla stessa.

[625] Deve quindi trattarsi di un atto nativo digitale. Per ulteriori rilievi si veda C. Consolo, ultima opera citata, pagina 727.

[626] Con considerazioni inerenti alla disciplina previgente al 2019, ma ancora attuali, stante il ruolo marginale e inattivo cui sono relegati gli aderenti, E. Ferrante, "*Opt-out ed incentivi d'oltreoceano: idee per una vera class action in Italia e in Europa*" in "*Contratto e Impresa/Europa*", 2-2012, pagine 489-490 e 495, parla di "piccolo atto di citazione" con riferimento all'atto di adesione, qualificazione che sembra ancora più calzante oggi, visto il contenuto di tale atto processuale. Di contro, l'atto di recesso dalla compagine processuale di un giudizio di classe si configura come elementare, non richiedendo l'accuratezza della manifestazione di volontà adesiva. L'A. paventa poi dubbi di legittimità costituzionale sulla circostanza per cui chi abbia manifestato una volontà adesiva possa stare in giudizio senza l'ausilio di un difensore.

[627] Specialmente ove si tratti di consumatori non esercenti una attività di impresa o una professione al di fuori dei rapporti con il convenuto in giudizio.

[628] Con la precisazione, però, che l'accertamento della responsabilità del convenuto avviene solo in rapporto alla domanda attorea e non alle pretese degli aderenti. Queste ultime, infatti, sono scrutinate in una face successiva, preposta all'attestazione e alla liquidazione dei danni individuali.

[629] Controversa è peraltro la natura di questa sentenza. Essa non definisce il giudizio, dal momento che è seguita dalla fase di liquidazione. G. Scarselli, in "*La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*" in "*Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa, Pacini Giurida*", pagina 5, e Id "*La nuova azione di classe*" pagina 670, qualifica tale pronuncia come una sentenza di condanna generica (pronunzia soltanto sull'an, ovverosia se la condotta addebitata al resistente sia stata lesiva o meno) o, comunque, come una sentenza ibrida, non potendosi neppure qualificare come una sentenza non definitiva, visto che la fase liquidatoria si conclude con decreto e non con sentenza. C. Consolo, *"La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*" in "*Il corriere giuridico*", 6/2019, pagina 741, e Id, "*L'azione di classe trifasica*" citata, pagina 720, parla di sentenza di condanna generica nei confronti della classe. A. D. De Santis, "*Il procedimento*" in B. Sassani (a cura di) "*Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*", Pacini, Pisa 2019, pagine 92 e 119, nega, invece, si tratta di sentenza di condanna generica, posta la non iscrivibilità di ipoteca giudiziale, con riguardo alla quale, ad ogni modo, non è dato sapere chi sarebbe il soggetto legittimato alla iscrizione. G. Caruso, opera citata, pagina 13, qualifica la pronunzia in parola come sentenza generica ma definitiva, posto che definisce il giudizio nei confronti del ricorrente e degli aderenti. Al riguardo, in realtà, riteniamo che tale definitività riguardi soltanto la figura del proponente, posto che le posizioni soggettive dei singoli aderenti devono comunque essere oggetto di cognizione e accertamento, in un'apposita fase procedurale. I. Speziale, opera citata, pagina 970, parla di sentenza di condanna generica. F. Tedioli, "*Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile*" opera citata, pagina 1416, ritiene che la sentenza di accoglimento sia ibrida, dal momento che di certo non è definitiva, stante la prosecuzione del giudizio. La stessa, però, non può neppure configurarsi come sentenza non definitiva, non essendo seguita da una sentenza e non trovando applicazione le disposizioni sulla riserva di impugnazione di cui all'art. 340 c.p.c. A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagina 1586, ritiene si tratti di una sentenza di condanna generica (ma non rispetto alla posizione del ricorrente e nei casi di rigetto), dal momento che per la fase di liquidazione non occorre una nuova iscrizione a ruolo né una costituzione in giudizio e poiché la fase processuale successiva non sarebbe contenziosa, bensì preminentemente

il rischio di scelte opportunistiche[630] e di comportamenti speculativi da parte degli aderenti[631], situazione, questa, che getterebbe il convenuto in uno stato di incertezza circa le dimensioni della classe, depotenziando, in ultima istanza, il diritto di difesa[632]. D'altra parte, la seconda

conciliativa. Di conseguenza, a detta dell'A., potrebbe operare la riserva di impugnazione. Successivamente, però, l'A. propende per la qualificazione della sentenza come generica e definitiva anche per gli aderenti, posto che la facoltà di formulare conclusioni è solo eventuale, non essendo certa la presenza di adesioni successive. Al riguardo, pur potendosi sostenere la prima parte del ragionamento dell'A., la fase di liquidazione del quantum spettante ai singoli aderenti ha carattere contenzioso, ancorché le conclusioni e le contestazioni del convenuto siano soltanto eventuali. La tesi dell'A, infatti, non considera come, dal un punto di vista pragmatico, le adesioni alla seconda finestra si configurano come maggiormente probabili, e di conseguenza si staglieranno le argomentazioni del convenuto sui rapporti con i singoli aderenti. Sul punto, poi, si noti come, parallelamente a quanto previsto esplicitamente dal decreto dal 2023, la mancata formulazione di contestazioni da parte del resistente con riferimento ai singoli rapporti con gli aderenti equivale a una *ficta confessio*.

Indipendentemente dalla qualificazione della sentenza, è certo che si tratti di un provvedimento a contenuto interlocutorio, posto che la stessa: fissa il termine per le adesioni; definisce i caratteri dei diritti individuali omogenei; nomina il giudice delegato e il rappresentante comune degli aderenti. A. Giussani, "*La fase di determinazione del quantum nella nuova azione di classe*" in *"La class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019, pagine 2316-2317, sostiene la natura prettamente conciliativa della procedura di liquidazione dei danni degli aderenti, poiché l'accertamento giudiziale sarebbe strumentale alla sola esecuzione collettiva. Inoltre, l'A. ritiene che, pure nei casi di revoca della adesione, il decreto emesso abbia una influenza sugli eventuali giudizi individuali in seguito instaurati. Quest'ultimo inciso non è condivisibile, posto che, con la revoca, la posizione soggettiva dell'ex aderente non è più oggetto di materia del contendere e il decreto non potrà influenzare il giudice adito ex post, a meno che non si voglia sterilizzare il potere di revoca e lasciare che la legge rimanga lettera morta.

[630] G. Ponzanelli, "*La nuova class action*" in "*Danno e responsabilità*", 3/2019, pagina 307, evidenzia i rischi di opportunismo dovuti alle due distinte possibilità di adesione, le quali rendono ancora più improbabile la strada per le intese transattive, già impervia per il pagamento di una somma di danaro in favore del rappresentante comune degli aderenti e dei legali rappresentanti, essendo lo stesso agganciato al numero dei membri della classe. In tal senso si vedano anche G. Mazzaferro, "*Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di B. Sassani, Pacini Giuridica, Pisa, 2019, pagina 172; G. Gerardo, opera citata, pagina 17; G. Mordbidelli, "*Presentazione*" in *"Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 3; U. Tombari, "*Introduzione"* in *"Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 66.

[631] E. Fanesi, "*Brevi considerazioni sulla nuova azione di classe*" in "*La nuova Procedura Civile. Rivista scientifica di Diritto Processuale Civile",* 2019, pagine 10 e 18, parla di rischio di comportamenti opportunistici e nota anche come gli interventi dopo la sentenza di accoglimento pregiudicano tentativi di transazione tra le parti. Nello stesso senso, U. Tombari, "*Introduzione*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 66, poiché le imprese non possono adottare misure di gestione del rischio né precauzione contabili. Per quanto ciò possa essere vero, bisogna in realtà sottolineare come le possibilità di un accordo transattivo anteriormente alla sentenza di merito rimarrebbero comunque esigue, dato che, ove ad agire sia la singola persona fisica, oggetto della transazione e/o conciliazione sarebbe soltanto la posizione giuridica vantata dal predetto nei confronti del convenuto e, pur sussistendo la facoltà degli aderenti precoci di poter profittare di suddetto accordo, rimarrebbe ferma la facoltà di aderenti non interessati alla tacitazione stragiudiziale della controversia di subentrare al primo ricorrente. Su questo frangente, A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagina 1579, Id "*Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*" in "*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*", 4/2019, pagina 1293, sottolinea come la legge non abbia contemplato le ipotesi di rinunzia agli atti o al diritto e di inattività del ricorrente (e, aggiungiamo, di decesso), potendosi così paventare un dubbio di legittimità costituzionale per manifesta irragionevolezza della norma. C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagina 749, fa notare come sarebbe stato più opportuno in termini di tecnica legislativa, consentire la prosecuzione della causa agli aderenti ogniqualvolta non sia possibile addivenire ad una decisione di merito per una scelta del ricorrente originario.

[632] Si innesterebbero, dunque, tensioni con il principio della parità delle armi. Del resto, l'impresa chiamata in giudizio è già tenuta ad anticipare le spese della consulenza tecnica d'ufficio e a pagare il compenso dovuto al rappresentante comune degli aderenti (art. 840-novies c.p.c.). Inoltre, non è da escludere la matrice latamente punitiva di tale procedura di adesione, viste le disastrose conseguenze in termini economici cui può andare incontro chi è convenuto in giudizio (si pensi in particolare ad una impresa di piccole o medie dimensioni). In tal senso F. Tedioli, "*Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile.*" in "*Studium Iuris"*, 2019, pagina 1418. Critica sul punto anche V. C. Castaldo, "*Il Tribunale di Milano riconosce un class settlement statunitense: superati (infine) i dubbi di compatibilità del meccanismo di opt-out con il nostro sistema costituzionale?" in "Il Corriere giuridico 8-9/2019"*, pagina 1121, secondo cui su tale finestra di adesioni creerebbe un eccessivo sbilanciamento tra la posizione

finestra di adesione è stata positivamente salutata da un altro filone dottrinario[633]. Ed invero, sarebbe da respingere lo scenario di una partecipazione alla classe senza rischio di soccombenza, rimanendo fermo l'onere dell'aderente di dimostrare la titolarità della posizione giuridica soggettiva legittimante il risarcimento[634] (o, nel caso delle azioni rappresentative, gli ulteriori rimedi di tipo compensativo). Persisterebbe, pertanto, l'*alea*, nello specifico nella fase di accertamento dei danni individuali, alcuni dei quali potrebbero essere ritenuti insussistenti, con conseguente rigetto totale o parziale delle domande. Ora, pur trattandosi di una valida argomentazione, non possono sottostimarsi il valore di un accertamento sulla imputabilità di condotte illecite alla parte resistente, con conseguente parziale affrancamento dall'onere probatorio degli aderenti, e le difficoltà per il convenuto di contrastare una pletora di pretese che, per quanto omogenee, trovano scaturigine da diversi rapporti giuridici. Ed invero, offerta una finestra di adesione più certa e propizia, susseguente

---

degli aderenti, i quali si avvantaggerebbero di un provvedimento giudiziale reso *inter alios*, senza rischio alcuno di soccombenza, e quella del resistente. E tale disequilibrio trova esplicazione nella incertezza di quest'ultimo sulle reali dimensioni della classe, potendo la stessa espandersi anche dopo la pronunzia di merito. C. Consolo, "*La nuova azione di classe, non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere*" citata, pagina 635, già prima della entrata in vigore della legge n. 31/2019, criticava la possibilità di avvalersi, pur senza aver preso parte al giudizio, di un giudicato *inter alios* favorevole, in quanto lesiva dalla parità delle armi. Inoltre, più in generale, tale avvalimento rende poco temibili le azioni di classe, in considerazione dello scarso numero di adesioni. Anche S. Monti – L. Castelli, "*Opt-out e diritto italiano: non c'è incompatibilità*" in "*Danno e responsabilità*", 5/2019, pagina 709, ritengono che la seconda finestra temporale per le adesioni leda il principio della parità delle armi tra le parti. A quest'ultimo proposito, però, riteniamo che la creazione artificiale di un siffatto sbilanciamento appaia ragionevole in favore dei titolari di *small claims*, specie in presenza di illeciti extracontrattuali, contraddistinti da maggiori difficoltà in punto di prova. Malavasi – G. Ricciardi, "*La nuova class action: analisi delle principali disposizioni*" reperibile sul sito db approfondimenti, pagina 37, avversano invece la possibilità delle adesioni post sentenza, visto che le stesse determinano il sacrificio dle diritto di difesa della parte resistente e del contraddittorio senza giustificazione alcuna. Si tratta di una posizione esasperta e priva di riscontri. Ed invero, contrariamente a quanto prospettato dagli Autori, il diritto di difesa della parte resistente è senz'altro garantito anche nei confronti degli aderenti non precosi, essendo la predetta chiamata a prendere posizione sulle pretese di tutti gli aderenti, pena l'operatività del principio di non contestazione.
M. Bove, "*L'aderente*" in *"La class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019, pagina 2305, reputa la seconda finestra quale tempo "naturale" per le adesioni, perché la sentenza di accoglimento potrebbe descrivere più precisamente i caratteri della classe rispetto alla ordinanza di ammissibilità. Si noti, inoltre, che gli aderenti precoci (cioè che hanno aderito prima della sentenza di merito) non possono difendere la propria posizione soggettiva, non essendo la stessa oggetto di accertamento in questa fase.
E. Fanesi, opera citata pagina 18, ritiene che far gravare le spese della CTU sul convenuto rischi di snaturare lo strumento in parola esperito nell'interesse di ambedue le parti, e costituisca, dunque, un onere ingiustificato. A. D. De Santis, "*Le spese e le sanzioni*" citata, pagina 367, ritiene che la regola per cui il convenuto debba anticipare le spese di una CTU potrebbe costituire strumento di deterrenza e incentivo a transigere.
[633] C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c."* in "*Rivista di diritto processuale*" citata, pagina 719, parla di procedimento "alquanto ospitale".
[634] C. Consolo, "*La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*" in "*Il Corriere giuridico*", 2019, pagina 739, il quale evidenzia come gli aderenti non esercitino un diritto di opzione "a colpo sicuro", ovverosia senza rischio di soccombenza, dovendo comunque dare prova della pretesa giuridica fatta valere, e potendosi, quindi, al più parlare di una maggiore consapevolezza sulla azione intentata, la quale ha superato il vaglio di ammissibilità. Così anche ID "*La terza edizione della azione di classe all'italiana fra giuste articolate novità e qualche aporia tecnica*" in *"Riv. Dir. banc*.", aprile 2019, consultabile su www.dirittobancario.it, Id, "*L'azione di classe, trifasica, inserita nel c.p.c*." citata, pagina 720; I. Speziale, opera citata, pagina 971; A. C. Di Landro, "*Ospitalità ed omogeneità nella nuova azione di classe. Nuove prospettive di riflessione*" citata, pagina 1272, la quale nota come venga semplicemente assicurata in tal modo una scelta più consapevole in punto di adesione.

alla sentenza di accoglimento, potrebbe sostenersi che la prima possibilità di adesione finisca per risultare superflua, un tassello che appesantisce il processo[635]. Da questo punto di vista, dunque, il legislatore del 2023 ha probabilmente voluto snellire la struttura processuale complessiva[636], contemplando una sola finestra temporale delle adesioni, ovverosia quella successiva alla sentenza di accoglimento dell'azione rappresentativa. Per la verità, è anche possibile sostenere che il decreto di recepimento abbia tipizzato una modalità che potremmo definire ordinaria per presentare le adesioni, ferma restando, però, la facoltà di aderire anche nella precedente fase processuale.

Punto di contatto tra la disciplina delle azioni rappresentative e quella delle azioni di classe è la qualificazione giuridica dei soggetti aderenti, i quali non acquistano la qualità di parte (in termini art. 840-quinquies, comma 1, c.p.c.)[637]. E allora continua a non essere chiaro lo status giuridico che contraddistingue chi manifesta una volontà adesiva. L'art. 840-septies, richiamato anche dalla normativa sulle azioni rappresentative, precisa che gli effetti di una dichiarazione di adesione sono gli stessi di una domanda giudiziale[638]. Verosimilmente si tratta dei soli effetti sostanziali[639], come l'interruzione della prescrizione, e non anche

[635] P. Fiorio, "*La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*", citata, pagina 20, invece, ritiene che la ratio della prima finestra di adesione sia quella di evitare il decorso del termine di prescrizione dei diritti dei potenziali aderenti. Inoltre, l'inclusione nella classe avviene in un momento più vicino all'illecito, e ciò rende più plausibile la conservazione di documentazione atta a provare il diritto omogeneo leso. A. D. De Santis, "*L'adesione*" in "*Foro it*", 2019, pagina 3, ID "*La tecnica di composizione della classe: le adesioni e i loro effetti*" in "*Class action e azione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla L. 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di U. Ruffolo, Milano, 2021, pagina 135, ID "*L'adesione*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 358, sostiene che non vi siano ragioni per vietare la adesione tardiva alla prima finestra, ossia oltre il termine fissato dal giudice, dal momento che rimarrebbe salva la facoltà di aderire alla seconda finestra temporale. Ed in effetti, non può non notarsi la inutilità di una dichiarazione di inammissibilità per tardività. Sarebbe allora possibile immaginare il consolidamento degli effetti adesivi a partire da quest'ultima. Condivisibile, poi, la affermazione dell'A. sulla ammissibilità di adesioni antecedenti alla apertura della prima finestra temporale. A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagina 1581, nota come non sia realmente giustificabile la generale preclusione di azioni parallele tardive, essendo contemplata la facoltà di adesione.

[636] La conformazione del processo di classe, infatti, appare alquanto farraginosa, in netto contrasto con l'intenzione legislativa di decongestionamento e di agevolazione della risoluzione delle controversie. In piena consonanza con la previgente normativa, il sistema di adesione tratteggiato afferisce al meccanismo di *opt-in*, basato sulla espressa manifestazione di volontà da parte dei componenti di una classe. L'opposto modello giuridico dell'*opt-out*, invece, prescinde da adesioni individuali, preservando la facoltà del singolo di dissociarsi da una *class action*. E non può non evidenziarsi come soltanto il regime di *opt-out* sia realmente capace di catalizzare micro-crediti o *small claims* in modo indiscutibilmente celere. E la velocità di reazione in sede giudiziaria a condotte illecite può senz'altro costituire una efficace controspinta alla commissione delle stesse.

[637] Pur non essendo esplicitato a chiare lettere nel decreto in esame, il fatto che i consumatori aderenti non siano parti in causa emerge in modo adamantino dalla legittimazione ad agire esclusiva degli enti e dalla esenzione dei predetti dalla responsabilità per le spese di giustizia, oltre che essere un presupposto intrinseco alla matrice rappresentativa delle azioni.

[638] I. Speziale, opera citata pagina 974, qualifica l'adesione quale atto peculiare, collegato al ricorso introduttivo. A. C. Di Landro, "*Ospitalità e omogeneità*" citata, pagina 1273, e C. Consolo, "*La terza edizione*" citata, descrivono l'adesione come esercizio dell'azione, senza l'onere di formulare una domanda giudiziale.

[639] *Contra A*. Giussani, "*La riforma dell'azione di class*e" citata, pagina 1579, poiché per essi la legge richiede la proposizione di una domanda giudiziale vera e propria. A. D. De Santis, "*L'adesione*" citata, pagina 6, ritiene, invece, si tratti di effetti sostanziali e processuali. M. Bove, "*L'aderente*" citata, pagine 2307-2308, ritiene che la adesione non

processuali, non essendo configurabili né litispendenza né continenza, dal momento che l'aderente non è appunto parte. A comprova di ciò, gli aderenti sono sprovvisti del potere di impugnare la sentenza -fatti salvi i casi di revocazione[640] e di collusione tra le parti *ex* art.840-decies[641]- e il decreto della fase di liquidazione dei danni individuali[642]. Persistono, pertanto,

produca effetti sostanziali, posto che soltanto nella fase posteriore alla sentenza di accertamenti gli aderenti divengono parti, essendo cioè soggetti agli effetti del provvedimento del giudice, pur avendo limitati poteri processuali.

[640] D. Amadei, "*Nuova azione di classe*" citata, pagina 1067, considera però altamente difficile la proposizione di una revocazione per errore di fatto (comma 4 art. 395 c.p.c.), potendo gli aderenti accedere al fascicolo informatico, pur non avendo il potere di compiere atti processuali, e per contrasto con un precedente giudicato con medesimo oggetto (comma 5 art. 395 c.p.c.), stante l'impossibilità *ex* art. 840-quater c.p.c. di una contestuale pendenza di azioni di classe con stessi oggetto e parti. C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagine 736-737, critica addirittura la facoltà di revocazione riconosciuta agli aderenti, ritenendola inopportuna -ID, "*L'azione di classe di terza generazione*" citata, pagina 27, la definisce financo un "monstrum", considerando come più consona una revocazione su iniziativa del pubblico ministero nelle ipotesi di collusione tra ricorrente e resistente. Con riferimento, invece, al generale difetto di mezzi di gravame nella disponibilità degli aderenti, l'A. sposa tale assetto, facendo notare come l'appello avverso la sentenza di merito da parte dei singoli aderenti non farebbe altro che creare confusione, posto che la pronunzia non attiene ai diritti individuali degli stessi, bensì a questioni comuni, e condurrebbe ad un inutile dispendio di attività giurisdizionale. Sulla ragionevolezza dell'esclusione del potere di impugnativa della sentenza con riferimento agli aderenti, dato che la pronunzia non attiene ai diritti dei predetti anche R. Donzelli, "*Le impugnazioni dei provvedimenti decisori*" citata, pagina 371. Per quanto la posizione dell'A. sia ispirata a esigenze di praticità nello svolgimento del processo, non può non evidenziarsi come deprivare gli aderenti anche del limitato mezzo di gravame in parola finirebbe per conculcare totalmente il loro diritto di difesa e, in ultima istanza, disincentivare le adesioni ad un procedimento comportante sacrifici così intensi. Di contro, si condivide il giudizio complessivo di C. Consolo, ultima opera citata, pagine 733-734, sulla esigenza di ripensare in toto la disciplina delle impugnazioni della legge del 2019. Ed invero, questa tace sul rito applicabile in appello e, inoltre, non è chiara sul termine di impugnazione della sentenza. Con riferimento alla prima questione, l'A. sostiene opportunamente che valgano le disposizioni dell'appello ordinario; nello stesso senso anche D. Dalfino, "*Le impugnazioni*" citata, pagina 194. *Contra* R. Donzelli, "*Le impugnazioni della sentenza e del decreto*" in B. Sassani (a cura di) "*Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*", Pacini, Pisa 2019, pagina 202, secondo cui dovrebbero trovare applicazione le regole previste per l'appello del rito sommario di cognizione. Tuttavia, ID, "*Le impugnazioni dei provvedimenti decisori*" citata, pagina 370, sostiene l'applicazione delle regole generali dell'appello (art. 323 ss. c.p.c.), il cui richiamo, probabilmente, va quindi inteso con esclusivo riferimento alle disposizioni sulla introduzione del giudizio, e non già sullo svolgimento del procedimento di gravame. In relazione, poi, al termine per impugnare la sentenza, l'A. opta per l'operatività del termine lungo e non di quello di 30 giorni ex art. 702-quater c.p.c., perché la disciplina delle azioni di classe è speciale rispetto a quest'ultimo. Inoltre, la previsione del termine lungo collima con l'intenzione legislativa di agevolare le transazioni in questo interstizio temporale. Sulla operatività del termine lungo per impugnare e sulla valenza delle regole del rito di appello ordinario G. Afferini, "*La nuova azione di classe antitrust*" citata, pagine 146-147; M. G. Federici, "*L'azione di classe nei giudizi di impugnazione*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 331, la quale, a sostegno di tale tesi, oltre alla esclusione espressa dell'operatività del termine breve per proporre appello, nota come il giudizio di primo grado si concluda con sentenza, e non con ordinanza, circostanza che conduce a escludere l'applicazione delle regole del rito sommario di cognizione in appello.

[641] D. Amadei, "*Nuova azione di classe*" citata, pagina 1067, ritiene che quello in parola sia un nuovo mezzo di impugnazione, una revocazione per collusione tra le parti in causa, visto che non può trattarsi di opposizione di terzo, non essendo gli aderenti dei terzi, dei creditori o degli aventi causa.

[642] D. Amadei, opera citata, pagina 1080, osserva criticamente come sussista il rischio che la fase di liquidazione sia eccessivamente appesantita da questioni personali e contestazioni individuali avanzate dal resistente. P. Fiorio, "*La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*" citata, pagina 18, nota, invece, come la biforcazione tra fase deputata ad accertare l'illecito denunziato e fase preposta alle questioni individuali consente una velocizzazione dei tempi processuali. In aggiunta, l'A. evidenzia come tale bipartizione consente di intercettare danni che si appalesano in maniera differenziata, pur derivando dal medesimo comportamento illecito, situazione richiedente una quantificazione individualizzata del danno. A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagina 1586, parla addirittura di una regressione della tutela giudiziale rispetto all'art. 140-bis cod. consumo -sotto il quale potevano considerarsi ammissibili metodi di liquidazione del danno a campione, utili per l'efficienza della class action e ai fini di deterrenza-, poiché la liquidazione delle somme spettanti agli aderenti avviene dopo il giudizio di merito. E. Ferrante, opera citata, pagine 493-494, nel tratteggiare struttura e conformazione di una "vera class action" –nell'ambito della quale gli aderenti non dovrebbero sopportare alcuna spesa processuale né compiere attività procedurali, tra cui aderire esplicitamente- sostiene come non possa esistere spazio, nella fase di merito, per questioni personali, le quali

i dubbi di legittimità costituzionalità della normativa precedente, cui si aggiungono quelli in punto di azioni rappresentative, stante la palese limitazione del diritto a ricevere una tutela giurisdizionale mediante mezzi di gravame[643]. Se da una parte, poi, suddetta privazione della facoltà di impugnare potrebbe risultare giustificata per le azioni rappresentative con riferimento alla sentenza di accoglimento, in considerazione del monopolio della gestione processuale riconosciuto agli enti designati, la stessa non appare ragionevole con riguardo al decreto motivato, contenente le statuizioni inerenti alle pretese dei singoli aderenti[644]. A salvaguardia del sistema tutto si pone allora il potere di revoca della adesione, previsto dall'art. 840-septies[645] e poi dall'art. 840-undecies, comma 9, c.p.c., il quale consente di

frammenterebbero il giudizio. Per tal ragione, l'A. rimarca l'opportunità dell'opt-out, con enorme semplificazione sul piano processuale rispetto all'opt-in, a condizione, ovviamente, che venga accuratamente valutata la adeguata rappresentatività del ricorrente.

[643] Unico modo per salvaguardare il suesposto impianto normativo, con una interpretazione costituzionalmente orientata, sembrerebbe essere quello di negare la opponibilità del giudicato favorevole da parte del resistente nei confronti degli aderenti; in questi termini A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" in "*Rivista di diritto processuale*" 2019, pagina 1578, sul presupposto del difetto della qualità di parte in capo agli aderenti, i quali, in ultima istanza, sarebbero vincolati soltanto dal decreto di liquidazione essendo parti sostanziali della fase successiva alla sentenza di accoglimento. Si tratta di una soluzione imperfetta e in contrasto con il principio della parità delle parti, ma, al contempo, congrua e sostenibile in considerazione del silenzio del legislatore in punto di efficacia ed opponibilità del giudicato. G. Scarselli, opera citata, pagine 9-10, e "*La nuova azione di classe*" in "*La responsabilità del produttore*" a cura di G. Alpa, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pagine 676-677, definisce "del tutto inadeguato" il trattamento riservato dalla legge all'aderente, ma ciò non costituirebbe una violazione dell'art. 24 Cost., dal momento che l'azione di classe è uno strumento aggiuntivo rispetto alla iniziativa giudiziaria individuale (la quale rimane comunque azionabile) e, pertanto, le limitazioni al diritto di difesa sarebbero giustificate. Considerazione, quest'ultima, accettabile soltanto nella misura in cui il diritto ad agire individualmente non sia irrimediabilmente compromesso una volta manifestata la volontà di aderire alla classe. A. Ronco, "*Il consumatore solitario*" citata, pagina 247, raffrontando la figura dell'aderente a quella del ricorrente, evidenzia come il primo, sprovvisto di mezzi di gravame e potendosi avvalere soltanto di prove precostituite, abbia le mani "parzialmente legate" per le menomazioni al suo diritto di difesa, mentre il ricorrente ha maggiori possibilità e strumenti per far valere la propria pretesa.

[644] *Contra* C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagin3 743-744, per il quale l'esclusione di tale potere di impugnativa del decreto è la conseguenza logica della matrice *lato sensu* fiduciaria dell'azione di classe. Tuttavia, l'A. non può poi negare l'opportunità di consentire agli aderenti di impugnare suddetto decreto, nelle ipotesi di inerzie e inefficienze del rappresentante comune. Problematicamente, però, l'A. parla non di legittimazione ordinaria a impugnare, bensì sostituiva, secondo la logica dell'art. 2900 c.c. Sul punto, non sembra che mancanze e inadeguatezze operative del rappresentante comune dovrebbero poter essere denunziate soltanto in via sostitutiva, configurandosi la mancanza di canali giurisdizionali per dar voce al dissenso degli aderenti dovuto alla mala gestio del predetto come la lacuna forse più grave di tutta la novella del 2019.

[645] A. D. De Santis, "*L'adesione*" citata, pagine 3 e 6, e ID *L'adesione*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 358, sottolinea come tale facoltà non sia riconosciuta agli aderenti precoci, i quali, dunque, vengono a trovarsi in una situazione deteriore rispetto a quelli successivi. L'A. ritiene che la revoca della adesione produca gli effetti della rinunzia alla domanda. Sulla revocabilità della adesione da parte degli aderenti precoci, invece, A. Ronco, "*Il consumatore solitario*" citata, pagine 250-251, posto che l'unico limite al recesso dalla classe è rappresentata dalla definitività del decreto. E proprio su questo frangente, però, non si comprende la posizione dell'A. in punto di vincolatività della sentenza di merito per gli aderenti, posto che la predetta produrrebbe effetti per gli aderenti "fuggitivi" se divenuta definitiva prima della revoca. Ora, prescindendo dalla circostanza per cui si tratta di una lettura non emergente dal testo di legge, se l'unica barriera (in termini giuridici e temporali) per l'esercizio della revoca è rappresentata dalla definitività del decreto, al termine della fase di adesione, non si comprende la ratio di tale retrodatazione/retroazione, con riferimento alla sentenza di merito. A ciò si aggiunga che le argomentazioni degli aderenti precoci non sono in alcun modo vagliate dal Tribunale prima della sentenza di merito, motivo per il quale, argomentare secondo il pensiero dell'A., menomerebbe irrimediabilmente il diritto di difesa di chi manifesta una volontà adesiva. Sulla non vincolatività per gli aderenti precoci di una sentenza sfavorevole G. Afferini, "*La nuova azione di classe antitrust*" citata, pagina 143. A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagina 1578, sostiene che la

riacquistare il diritto ad agire individualmente per la medesima posizione soggettiva[646]. Difetta, poi, di attenzione normativa la sorte delle adesioni al verificarsi di eventi interruttivi. In teoria non si dovrebbe verificare alcun fenomeno successorio *pendente causa,* sempre in considerazione della carenza dello status di parte, anche se sarebbe stato congruo predisporre un meccanismo di subentro nel giudizio affine a quello previsto nella evenienza in cui il ricorrente pervenga alla tacitazione stragiudiziale della controversia con il convenuto, prima della sentenza di merito.

Desta perplessità anche l'obbligo in capo agli aderenti, trasposto anche nella disciplina delle azioni rappresentative con una formulazione più congrua e indebolita, di versare una somma di danaro, il cui importo è stabilito dal giudice nel caso di pronunzia di una sentenza di accoglimento[647]. Ed invero, un onere di tal fatta non dovrebbe sussistere, soprattutto alla luce della assenza di spese di cancelleria, essendo prevista la facoltà di consultare liberamente il fascicolo d'ufficio informatico nell'area "pubblica"[648] del portale adibito ai servizi telematici.

---

revoca della adesione possa avvenire anche per fatti concludenti, mediante la proposizione di una azione individuale basata su medesimi fatti. *Contra* A. Ronco, ultima opera citata, pagina 252, secondo il quale la domanda individuale, presentata senza previamente aver revocato la adesione alla azione di classe, è inammissibile. A. Carratta, "*I nuovi procedimenti collettivi*" citata, pagina 2299, nota criticamente come il riconoscimento della facoltà di revoca della adesione non equivale comunque a garantire effettività alla tutela giurisdizionale degli aderenti, i quali non possono far valere mezzi di gravame. M. Bove, "*L'aderente*", pagine 2308-2309, critica la facoltà in esame, ritenendo che collida con il diritto del convenuto a non vincere invano e che il recesso dalla classe debba avvenire prima della pronuncia del decreto; sulla violazione del diritto di difesa del convenuto anche R. Donzelli, "*Le impugnazioni della sentenza e del decreto*" in B. Sassani (a cura di) "*Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*", Pacini, Pisa 2019, pagina 216, ID, "*Le impugnazioni dei provvedimenti decisori*" citata, pagina 373. Ora, tralasciando il fatto che una tale configurazione del potere di revoca non trova alcun appiglio testuale e, dunque, è assolutamente da rigettare, non riteniamo che si configuri una qualche lesione del diritto di difesa della parte resistente. Ed invero, gli aderenti sono sprovvisti di un potere di impugnativa e, dunque, in assenza della facoltà di revoca non potrebbero far valere le proprie ragioni innanzi ad un altro giudice. A tale proposito, è lo stesso Donzelli, ultima opera citata, a notare come il rappresentante comune degli aderenti non possa impugnare il decreto che, alla stregua del progetto redatto previamente dal predetto, escluda la posizione di uno o più soggetti, i quali, senza il potere di revoca, non avrebbero alcuna via d'uscita. Sul fatto che la revoca possa avvenire altresì durante l'opposizione al decreto, posto che lo stesso non è divenuto definitivo, G. Finocchiaro, "*Debutta la nuova figura del rappresentante comune degli aderent*i" in "*Guida Dir*.", 2019, pagina 58. Critico sul riconoscimento della facoltà di revoca della adesione A. D. de Santis, "*La tecnica di composizione della classe: le adesioni e i loro effetti*" citata, pagina 134, poiché il convenuto è chiamato a difendersi anche con riferimento a eccezioni e difese individuali, ovverosia dei singoli aderenti, pur dovendo considerare la possibilità che questi, a seguito di una valutazione di convenienza, si svincolino dalla classe.

[646] M. Bove, "*L'aderente*" citata, pagina 2305, fa notare come il diritto ad agire in via individuale sussista anche nell'evenienza di rigetto della singola adesione, trattandosi di pronunzia di rito. Sul punto, in verità, la soluzione non sembra essere così cristallina. E difatti la possibilità di far valere la medesima posizione soggettiva in via individuale è configurabile solo nella misura in cui il rigetto della adesione si attagli alla non omogeneità del diritto fatto valere. Ove, invece, la reiezione sia dovuta alla infondatezza nel merito della pretesa sostanziale, fuori dai casi di revoca antecedente alla definitività del decreto decisorio, riteniamo che il diritto ad agire individualmente venga meno.

[647] A. Giussani, "*La fase di determinazione del quantum nella nuova azione di classe*", in "*La class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana",* 2019, pagina 2323, definisce tale obbligo come "quota di iscrizione alla classe".F. Tedioli, "*Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile"* citata, pagina 1418, mette in guardia dal rischio che, in presenza di azioni volte a denunziare microlesioni, il quantum da versare sia più elevato del risarcimento, con evidente effetto dissuasivo in punto di adesioni.

[648] Attributo, questo, espressamente adoperato dall'art. 840-quater c.p.c. P. Fiorio, "*La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*" citata, pagina 22, ritiene che tale area pubblica risponda

In conclusione, l'aderente continua a esser relegato in un limbo processuale, ricoprendo una posizione non chiaramente identificabile[649] e forse paragonabile a quella di un terzo con un interesse in causa. E questa situazione di incertezza qualificatoria e di deprivazione di poteri processuali è stata ribadita dal legislatore del 2023 e, potremmo dire, rafforzata dall'esplicito esonero dal pagamento delle spese processuale, fatti salvi casi eccezionali, i quali, in concreto, integrano una forma di responsabilità civile degli aderenti. E tuttavia, preso atto della inazione eterodeterminata dell'aderente, propria di un sistema di adesioni fondato sull'opt-out, e considerata altresì la matrice rappresentativa dei procedimenti in esame, è deprecabile l'ostinato ripudio del predetto meccanismo adesivo. A questo riguardo, infatti, preme rimarcare come non sussistano in concreto motivi di incompatibilità tra opt-out e garanzie del giusto processo. Partendo da una considerazione pragmatica[650], allo scopo di incentivare maggiormente il ricorso, individuale o collettivo, ai rimedi del *private enforcement*, sarebbe opportuno introdurre meccanismi giuridici che siano realmente in grado di esercitare una pressione in termini di deterrenza sugli operatori di mercato. E allora non può non deprecarsi, specie alla luce della pregressa, fallimentare[651], esperienza normativa sulle azioni di classe, la

a esigenze di trasparenza, visto che soggetti interessati ad aderire possono accedervi per reperire informazioni utili sulle azioni di classe. Tale piattaforma, inoltre, sarebbe uno strumento in grado di consentire agli aderenti di controllare l'operato del ricorrente e la linea di azione da questi intrapresa nella gestione della controversia. Tuttavia, A. D. De Santis "*Le spese e le sanzioni*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 365, evidenzia opportunamente come la presenza di un sistema di pubblicità d'ufficio, non esclude una attività di raccolta di adesioni portata avanti dal proponente dell'azione di classe. Ed invero, la scelta dell'opt-in non è propriamente congeniale ad una marcata numerosità delle adesioni, motivo per cui occorreranno sforzi di raccordo da parte del ricorrente.

[649] A. D. De Santis, "*L'adesione*" in "*Foro.it*", 2019, pagina 7, usa la calzante espressione di "quasi *party*". ID, "*L'adesione*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 356, afferma la non agevole lettura del ruolo dell'aderente. A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagine 1577-1578, rimarcando come l'aderente non sopporti le spese del procedimento in caso di soccombenza e che gli eventi interruttivi riguardanti il predetto non intacchino il processo, paragona tale figura, quantomeno per la fase di determinazione individualizzata del quantum, a quella dei condomini, quando il condominio assume la veste di parte in giudizio. L'A., inoltre, ritiene che, pur non potendo prestare giuramento o essere sottoposto a interrogatorio informale, l'aderente possa testimoniare, quantomeno nella fase di accertamento della responsabilità del convenuto, in tal senso anche ID "*La fase di determinazione del quantum nella nuova azione di classe*" citata, pagina 2320. Sul versante della giurisprudenza, Cass. sez. I, 15 maggio 2019, n. 12997 in "*Giur. It*", pagina 2601 ss., si afferma chiaramente che gli aderenti non sono parti processuali in senso tecnico. Si veda anche Tribunale Torino, ord. 4 giugno 2010 in "*Giur. It*", pagina 2601 ss., ove la qualità di parte processuale è riconosciuta esclusivamente al soggetto proponente, mentre gli aderenti, pur subendo gli effetti della sentenza, sono sprovvisti di poteri di impulso processuale e di impugnativa.

[650] Che riteniamo imprescindibile, posto che ogni disposizione processuale dovrebbe essere suscettibile di una applicazione efficace.

[651] A riprova di ciò, si consideri che, sotto la vigenza della normativa del 2009, risultavano incardinate sino al 2020 soltanto 64 azioni di classe, di cui 36 dichiarate inammissibili e 19 sfociate nella fase di merito, con un bassissimo numero di aderenti. Di queste ultime, due sono state rigettate nel merito, quattro accolte. Due procedimenti si sono invece conclusi con rinunzia agli atti. Per questi dati, E. Ferrante, "*Diritti soggettivi e processo di massa*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 69; C. Consolo, "*L'azione di classe di terza generazione*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 25, il quale evidenzia come le declaratorie di inammissibilità conseguissero alla carenza della legittimazione processuale della associazione promotrice

mancata sperimentazione del sistema di *opt-out*. Quest'ultimo, infatti, potrebbe dotare di significativo potere processuale potenziali danneggiati che, considerati singolarmente, non riescono a far valere giudizialmente pretese fondate. Da valutare, inoltre, sono i benefici in termini di accelerazione dei tempi processuali di risoluzione delle controversie, per effetto di semplificazione e accorpamento istruttori. Si assisterebbe, difatti, a una trattazione di molteplici vertenze, promananti da una unica condotta plurioffensiva, culminante in una decisione di unico segno, estirpando alla radice i rischi di giudicati contrastanti. La ritrosia del legislatore nazionale nel regolamentare un sistema adesivo improntato al diritto di auto-esclusione dalla classe si configura come irragionevole e obsoleta[652], soprattutto se si

e alla incapacità di curare adeguatamente gli interessi della categoria. F. De Dominicis, "*I numeri e lo stato dell'arte dei primi dieci anni di vita dell'istituto*" citata, pagina 287, parla invece di "fase di apprendistato" dell'istituto della azione di classe. A livello statistico, S. Azzarello, "*La terza fase dell'azione di classe*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 85, evidenzia, per rimarcare il fallimento applicativo della azione di classe italiana, come ogni anno, negli Stati Uniti d'America, vengano promosse circa 10 mila nuove class actions, mentre, tra il 2007 e il 2017, più di 50 mila cause collettive sono state incardinate in Brasile, a fronte delle sole 58 azioni di classe, tra il 2010 e il 2016, in Italia.

[652] Basti notare che nel Regno Unito, in Belgio, in Portogallo e in Norvegia sia operativo l'opt-out. In particolare, il modello inglese e quello belga risultano particolarmente accattivanti e capaci di realizzare i fini della azione di classe (*id est* accesso alla giustizia, abbattimento dei costi processuali, deterrenza), essendo improntati ad un sistema misto. Il Consumer Act (2015) attribuisce alla Corti inglesi il potere di stabilire il meccanismo di inclusione più adeguato al caso di specie, in base cioè alle circostanze concrete, tra cui l'ammontare del danno stimato, la fondatezza delle pretese, la praticabilità o meno dell'opt-in. Un modello adesivo di tal fatta, improntato cioè alla flessibilità, è altresì rinvenibile in Belgio, ove la decisione giudiziale sul punto è sempre agganciata alle esigenze del caso concreto, ma con l'obbligatorietà dell'opt-in per i soggetti non residenti, nonché per cause attinenti a danni morali e alla persona. Similmente, in Norvegia e in Danimarca, esistono entrambi i meccanismi di adesione e la selezione di uno di essi scaturisce da una valutazione casistica del giudice adito, in base ad esigenze di necessità applicativa, ovvero in presenza di *small claims*. Nello specifico, in Norvegia il sistema adesivo si basa su una scelta del giudice, con il limite della applicazione dell'opt-out alle controversie che non sarebbero altrimenti incardinate in via individuale per la loro esiguità valoriale. A questo proposito, anche la legislazione danese prevede una soglia al di sotto della quale si presume la inazione dei singoli danneggiati, con conseguente applicabilità del sistema di auto-esclusione. Per una panoramica sui sistemi adesivi nei Paesi UE P. Fiorio, "*La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza*?" citata, pagine 28-30, D. Vanni, "*La class action e la funzione di deterrenza degli illecitti civili in prospettiva comparatistica*" in "*Il diritto amministrativo"*, 2010, pagine 141 e 148-149, la quale rileva come la linea di confine tra sistemi di *civil law* e di *common law* si sia ormai assottigliata. G. Pailli, "*Unione Europea e azione di classe: la grande assente*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 247, sul sistema di opt-out nel Regno Unito e in Portogallo, dove, peraltro, nonostante tale meccanismo risulti operativo dal 1995, non si sia registrata una ipertrofia applicativa dell'istituto né condotte opportunistiche da parte della classe forense. Similmente, A. De Luca, "*La via inglese della tutela degli interessi collettivi*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagine 217-218, fa notare come nel Regno Unito, anche a seguito della riforma del 2015 (*Consumer Rights Act*), contemplante il sistema adesivo di opt-out, il numero di domande proposte sia esiguo. Ciò a riprova del fatto che i fattori che incidono sul decollo delle azioni collettive sono il ruolo imprenditoriale degli avvocati, la previsione di poteri di *case management* a favore del giudice e strumenti di finanziamento, atti a riequilibrare la disparità finanziaria tra le parti. P. Massaro, "*The Italian class action reform: a redisigned tool beyond consumer law" in "European Review of Private Law*", 4/2020, richiama la operatività dell'opt-out anche in Portogallo e sostiene che la riforma italiana del 2019 costituisca un compromesso tra opt-in e opt-out, poiché gli aderenti non sopportano rischi nella fase di ammissibilità. In realtà non è propriamente così, essendo chiara la riconducibilità del sistema adesivo all'opt-in, indipendentemente dalla duplice articolazione temporale delle adesioni. Sulla prima adozione del sistema misto (opt-in per non residenti e opt-out per residente) nell'ordinamento giuridico olandese R. Caponi, *Ultime dall'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il Dieselgate*" citata, pagina 335. A. D. De Santis "*L'adesione"* citata, pagine 356-357, fa notare come la reticenza italiana verso le prospettive applicative del sistema di opt-out, a differenza di quanto avvenuto in altri Paesi UE, non siano state abbandonate neppure dopo l'apertura della giurisprudenza in tal senso (il riferimento è Tribunale

considera la non incompatibilità ontologica dell'opting-out con l'ordinamento giuridico italiano, e in particolare con il sistema costituzionale ed i principi del giusto processo.

Su questo frangente, è significativa la decisione del Tribunale di Milano[653], sezione specializzata in diritto dell'impresa, che, nel 2018, in sede di riconoscimento di un provvedimento di una Corte statunitense adottato in esito ad una class action, statuiva espressamente che il meccanismo di recesso dalla classe non contrastasse con le garanzie processuali, purché siano stati assicurati il diritto di difesa e al contraddittorio[654]. In particolare, il Tribunale notava come il sistema di notificazione previsto dal diritto processuale statunitense potesse considerarsi come rispettoso delle garanzie del giusto processo, posto che il criterio ordinatore è quello della *best notice practicable*[655]. E peraltro,

Milano, 25 ottobre 2018), e nonostante l'esperienza fallimentare dell'art. 140-bis cod. cons. L'impressione dell'A. è che la azione di classe sembra provocare, nell'ordinamento giuridico italiano, più problemi di quanti ne risolva. Sulla applicazione del sistema di opt-out in Belgio, dove è prevista anche una procedura esecutiva collettiva che ricorda quella scolpita nella riforma italiana del 2019, e in Olanda, il cui ordinamento giuridico prevede dal 2019, proprio per le azioni rappresentative, un meccanismo adesivo misto (opt-out per residenti e opt-in per non residenti), G. Pailli, ultima opera citata, pagine 248-251, a detta del quale la normativa collettiva olandese si propone come la più promettente nel panorama europeo.

Si può concludere, dunque, che, nelle ipotesi in cui il processo di classe costituisca l'unica modo per accedere alla tutela giurisdizionale, la scelta dell'opt-in si configuri come assolutamente priva di senso, non consentendo di ovviare agli svantaggi propri delle azioni individuali; in tal senso, V. C. Castaldo, "*Il Tribunale di Milano riconosce un class settlement statunitense: superati (infine) i dubbi di compatibilità del meccanismo di opt-out con il nostro sistema costituzionale?" in "Il Corriere giuridico 8-9/2019"*, pagina 1119. E. Ferrante, "*Opt-out ed incentivi d'oltreoceano: idee per una vera class action in Italia e in Europa*" in "*Contratto e Impresa/Europa*", 2-2012, pagina 491, sottolinea come il sistema di adesioni prescelto dal legislatore italiano, in presenza di una pletora di soggetti danneggiati, sia assolutamente ingovernabile, dal momento che ogni aderente avrebbe diritto a instaurare un contraddittorio con il convenuto. A riprova del fatto che l'opt-in dovrebbe essere considerato quale congegno per le adesioni ormai stantio e polveroso, si noti come in Nord America il predetto sia stato abbandonato e rimpiazzato dall'opt-out, circostanza la quale, tra l'altro, dimostra come la class action americana sia frutto di un ragionato e non improvvisato processo giuridico evolutivo tendente a incisività ed efficienza. P. Fiorio, ultima opera citata, pagine 34-35, sostiene opportunamente come esistano ipotesi in cui può certamente prescindersi da una adesione esplicita dei soggetti danneggiati, come ad esempio ove i danni siano identici oppure calcolabili con criteri matematici oppure se il convenuto possiede le informazioni necessarie a individuare i soggetti danneggiati, oltre che per quantificare i pregiudizi patrimoniali causati.

[653] Tribunale di Milano, 25 ottobre 2018, n. 10773, in "*Il Corriere giuridico"* 8-9/2019, che richiama il concetto di ordine pubblico processuale, attinente ai principi inviolabili di difesa in giudizio, e non già alle modalità di esercizio dello stesso, le quali possono essere sottoposte a limiti e restrizioni.

[654] In concreto, il Tribunale notava come le disposizioni processuali statunitensi in punto di notificazioni sulla pendenza dell'azione di classe e sulla proposta di accordo transattivo fossero idonee a garantire la conoscibilità, e quindi la scelta informata, dei potenziali soggetti danneggiati. Al riguardo, A. Giussani "*Le azioni di classe dei consumatori*" citata, pagina 168, propone l'irreggimentazione di un sistema di adesioni basate sul diritto di recesso, reso possibile proprio da un sistema legale di notifica ai potenziali aderenti. Ed infatti, aggiungere metodi comunicativi al portale pubblico dei servizi telematici (tra cui, ad esempio, la pubblicazione della pendenza di una azione di classe su quotidiani ovvero sul sito internet del Ministero della Giustizia oppure su siti web frequentemente utilizzati da potenziali soggetti danneggiati) consentirebbe di porre le fondamenta per un sistema adesivo di opt-out. A tale proposito, significativo il rilievo di F. De Dominicis, "*I numeri e lo stato dell'arte dei primi dieci anni di vita dell'istituto*" citata, pagina 287, sulla maggiore probabilità che gli utenti, in presenza di problematiche, visitino il sito web dell'impresa venditrice in cerca di una soluzione oppure per presentare un reclamo.

[655] Materialmente le notificazioni inerenti alla pendenza di una class action hanno ad oggetto un avviso contenente: la natura dell'azione; la definizione della classe autorizzata dalla Corte, a seguito della *certification*; domande, questioni comuni e argomentazioni difensive della classe; la facoltà di comparire in giudizio; i tempi e i modi per esercitare il diritto di opt-out; la precisazione per cui, in mancanza di una auto-esclusione, la pronuncia sarà vincolante per tutti i componenti della classe. Al riguardo, si noti come correlazione tra modalità comunicative e circostanze del caso concreto (*id est*

proprio in punto di notificazione e/o comunicazione sulla pendenza di un procedimento seriale, il diritto statunitense può costituire un modello di riferimento. Ed invero, anche nella intelaiatura del processo civile italiano esistono norme che non prevedono avvisi diretti ai soggetti interessati[656] e, inoltre, il diritto statunitense impone al giudice di verificare la correttezza delle modalità di comunicazione, le quali, tra l'altro, vengono affidate ad un ausiliario del giudice appositamente incaricato[657]. L'opt-out, quindi, costituisce l'unico, concreto ed effettivo istituto in grado di rendere appetibile le azioni di classe[658] e di rispondere alle esigenze scaturenti dalla presenza, attuale o potenziale, di un elevatissimo numero di figure processuali. E ciò è possibile cavalcando, per così dire, l'onda dell'apatia razionale dei danneggiati da una condotta plurioffensiva.

Ora, preso atto della non contrarietà del sistema di recesso dalla iniziativa collettiva, bisogna notare come non si prospettano neppure criticità in punto di effetti vincolanti di una decisione giudiziaria definitiva[659]. Ed invero, nel silenzio della legge con riguardo agli effetti di una

numero di soggetti potenzialmente lesi e luogo di residenza e domicilio degli stessi), consenta una maggiore elasticità applicativa, e, quindi, la possibilità di un più incisivo raccordo di pretese omogenee, rispetto alla mera pubblicazione di un avviso su un portale telematico pubblico.

[656] Il Tribunale citava l'art. 150 c.p.c.

[657] In particolare, nel caso affrontato nel 2018 dal Tribunale di Miliano, si affermava come il diritto di difesa degli appartenenti alla classe fosse stato meticolosamente rispettato, dal momento che, ai fini della conoscibilità della pendenza della azione, era stato creato un sito web appositamente dedicato alla class action, accompagnato da una pubblicazione su riviste e giornali specializzati dei diversi Paesi in cui erano domiciliati i soggetti danneggiati (circa 80.000), nonché da una comunicazione personalizzata tramite posta a questi ultimi.

[658] S. Monti – L. Castelli, "*Opt-out e diritto italiano: non c'è incompatibilità*" in "*Danno e responsabilità*", 5/2019, pagina 707, rimarcano come l'opt-in renda poco appetibili le transazioni in seno ad un procedimento di classe, proprio per la summenzionata possibilità di adesioni post-sentenza, le quali, come detto, implicano la mutevolezza delle dimensioni della classe durante il processo. Sul fatto che il presente sistema di adesioni non faciliti le transazioni si veda anche E. Ferrante, opera citata, pagina 502. G. Gerardo, opera citata, pagine 13-14, mette in luce il fatto che negli USA il successo dell'opt-out sia riconducibile alla capacità di colpire gli enormi profitti privati derivanti da illeciti che causano micro-danni. L'A., oltre a ribadire come, a causa della apatia razionale, non si possa contare sulle adesioni preventive, nota come il legislatore del 2019 sia stato mosso dalla esigenza di preservare il diritto di difesa del convenuto in giudizio -motivo per il quale è stata percorsa nuovamente la strada dell'opt-in-, finendo, però, per produrre difficoltà applicative e gestorie lampanti, posta l'incapacità del meccanismo adesivo esplicito di raggiungere una massa di potenziali aderenti. Sulla inconcludenza della adesione preventiva, in considerazione dei risultati pratici, si veda anche E. Corapi, "*Appunti sull'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo della class action nella legge di riforma*" in "*Liber amicorum Guido Alpa*", CEDAM, 2019, pagina 485. Sul fatto che l'opt-in non costituisca elemento coessenziale dell'azione di classe C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagina 718, il quale nota anche come l'opt-in condanni l'azione di classe ad una scarsa rilevanza dal punto di vista sociale ed economico, potendo la predetta funzionare effettivamente soltanto se in grado di raccogliere micro-crediti seriali. A. D. De Santis, "*L'adesione*" citata, pagina 2, evidenzia come a dieci anni dalla entrata in vigore dell'art. 140-bis cod. cons. si sarebbe dovuto comprendere che l'opt-out, lungi dall'innescare pericoli di *legalized blackmail*, consente di risolvere tutte le questioni nascenti da una condotta plurioffensiva, incrementando così anche la *fairness* nelle relazioni tra parti abituali e occasionali.

[659] V. C. Castaldo, opera citata, pagine 1115-1120, evidenzia come la dottrina italiana si opponesse al meccanismo di opt-out in virtù del disposto di cui all'art. 2909 c.c., al fine di evitare che soggetti estranei ad un giudizio rimanessero vincolati ad una decisione giurisdizionale. Tuttavia, come nota opportunamente l'A., rifuggendo da una visione formalistica delle garanzie processuali è possibile accogliere l'opt-out anche nel nostro ordinamento giudico. Ciò è possibile con l'introduzione di un attento vaglio sulla adeguatezza del proponente a rappresentare gli interessi della classe. E in questo senso si può nominare il doppio vaglio, in sede amministrativa e poi innanzi al giudice adito, previsto per gli enti legittimati ad esperire azioni rappresentative. Sulla circostanza per cui l'iscrizione all'elenco presupponga l'adeguatezza

sentenza di accertamento a seguito di una azione di classe, in dottrina trova consensi la teoria della vincolatività giudicato *secundum eventum litis*[660]. Un provvedimento giudiziale

dell'ente a farsi carico della azione, Trib. Napoli, ord. 9 dicembre 2011, C. Appello Torino, ord. 23 settembre 2011, Trib. Venezia, ord. 25 maggio 2017, con riferimento alla previgente disciplina, e, in relazione alla riforma del 2019, A. Amidei, opera citata, pagina 102; P. Fiorio, "*La nuova azione di classe*" citata; F. De Dominicis, "*I numeri e lo stato dell'arte dei primi dieci anni di vita dell'istituto*" citata, pagina 272; G. Afferini, "*La nuova azione di classe antitrust*" citata, pagina 135. Anche G. Bertolino, "*L'opt-out nell'azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma"* citata, pagine 477-479, 483, nota come l'avversione nei confronti dell'opt-out sia dettata da una concezione formalistica dei principi costituzionali. E infatti, pur assistendosi ad una limitazione del contraddittorio nei confronti dei componenti della classe (restrizione che, bisogna sottolineare, sussiste pure nell'attuale disciplina della azione di classe), alla stessa corrisponde una tutela giurisdizionale più effettiva. Ad ogni modo, come nota correttamente l'A., il contraddittorio non può essere considerato quale bene giuridico in sé. Ed è bene notare come la parte resistente, sia nell'operatività del meccanismo adesivo di opt-in che nell'ambito dell'opt-out, non può far valere le eccezioni individuali, ossia afferenti alla posizione del singolo aderente, nella fase deputata all'accertamento della responsabilità, fermo restando il fatto che il diritto di difesa del convenuto non è certo dimidiato nel giudizio di classe, potendo, di contro, lo stesso avvalersi del massiccio effetto di agglutinamento processuale di un pletora di pretese in un unico processo, con minore dispendio delle energie difensive. Sul fatto che il sistema di opt-out potrebbe offrire al soggetto convenuto una maggiore tutela della propria posizione, posto che le adesioni precoci saranno decisamente esigue, D. Amadei, "*Nuova azione di classe*" citata, pagina 1081. Da una specola generale e più ampia, E. Silvestri, opera citata, pagina 9, nota come l'idiosincrasia nei confronti del modello statunitense di class action nasca da timori irrazionali, anche in ragione della impossibilità -anche solo in astratto- di trapiantare il predetto negli ordinamenti giuridici di *civil law*.

[660] Così U. Corea- M. L. Guarnieri, opera citata, pagina 12. G. Caruso, opera citata, pagine 4-5 evidenzia come la forza espansiva del giudicato non sia sostenibile in forza dell'art. 1306 c.c., altrimenti si annullerebbe la valenza precettiva dell'art. 2909 c.c. Gli A. affermano, però, che i soggetti rimasti estranei al giudizio potrebbero spendere il provvedimento di accoglimento verso ricorrente e convenuto. In questo modo, tuttavia, si prospetta il problema del *free riding*, posto che ci si avvantaggia di una situazione processuale (quella scaturente dal giudizio di classe) senza costi, sfruttando le altrui risorse. In ultima analisi, la conseguenza del *free riding* è, ovviamente, il rischio che nessuno decida di intentare una controversia sperando in una iniziativa altrui. Mette in guardia contro il *free riding problem* anche F. Tedioli, opera citata, pagina 1418, in considerazione della partecipazione al processo senza rischio di soccombenza, il quale parla di sciacallaggio nei confronti delle imprese, sottoposte ad uno strumento quasi punitivo. P. Fiorio, "*La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*" citata, pagina 26, nota come il *free riding* potrebbe profilarsi anche nelle ipotesi di riunione di distinte azioni di classe, con riferimento alla condotta di alcuni ricorrenti, i quali potrebbero rimanere inerti e profittare dell'operato di un altro ricorrente. Tuttavia, è bene notare come l'avvalimento da parte di soggetti non aderenti della sentenza di accoglimento di una domanda di classe non vada a neutralizzare l'onere probatorio in capo a singoli attori in sede individuale. Bisogna, invece, rimarcare che conseguenza del *free riding* è il fatto che il convenuto rimanga invischiato in una pletora di iniziative individuali, ancorché tutte afferenti al medesimo illecito, non essendo quindi posto nelle condizioni di stimare il quantum dovuto complessivamente a titolo risarcitorio. Anche R. Pardolesi, "*La classe in azione. Finalmente*" in "*Danno e responsabilità*", 3/2019, pagina 305, riconosce il rischio di *free riding*, notando, però, opportunamente come l'approntamento di una seconda finestra per le adesioni eviti in concreto che illeciti di massa rimangano impuniti; in termini anche P. Pardolesi – R. Pardolesi, "*La (azione di) classe non è acqua*" citata, pagina 331. Sposano la teoria del giudicato a seconda dell'esito della controversia A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagine 1576-1578, ciò in virtù dell'art. 2909 c.c., M. Bove, "*L'aderente*" citata, pagina 2305 e ID, "*Profili processuali dell'azione di classe*" in "*Il giusto processo civile*", 2010, pagina 1031. Si domanda se gli aderenti precoci siano vincolati alla eventuale sentenza di rigetto, non essendo i predetti parti del processo D. Dalfino, "*Forme di tutela e oggetto del processo*" in "*Class action e azione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 312*", a cura di U. Rufolo, 2021, pagine 33-34. Specularmente, A. D. De Santis, "*La trattazione, l'istruzione e la decisione*" in "*Class action e azione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla L. 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di U. Ruffolo, Milano, 2021, pagina 170, esclude la valenza *ultra partes* della sentenza di rigetto, anche con riferimento alle questioni comuni, nei confronti di chi non abbia aderito. *Contra* D. Amadei, "*Nuova azione di classe*" citata, pagina 1060, secondo cui la sentenza di rigetto vincolerebbe ricorrente e aderenti precoci, i quali, dunque, non potrebbero più far valere le proprie pretese. Nello stesso senso A. C. Di Landro, "*Ospitalità e omogeneità*" citata, pagina 1272, A. Carratta, "*I nuovi procedimenti collettivi*" citata, pagina 2300, secondo il quale la sentenza di rigetto, nel silenzio della legge, vincolerebbe anche gli aderenti preventivi, cui è preclusa una nuova iniziativa giudiziale per far valere la medesima pretesa. Specularmente, i soggetti non aderenti non potrebbero avvalersi di una sentenza di accoglimento resa al termine di un processo di classe. Su tale vincolatività anche C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagina 732, il quale parla di rigetto di domanda di condanna generica; in termini anche C. Petrillo, "*Situazione soggettive implicate*" in B. Sassani (a cura di) "*Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*", Pacini, Pisa 2019, pagina 43. Tuttavia, come evidenziato *supra*, questa ricostruzione non convince, posto che oggetto del giudizio di accertamento non sono le posizioni soggettive degli aderenti, ma soltanto

attestante la sussistenza di un illecito plurilesivo, cioè, può essere invocato dai danneggiati da quest'ultimo che non abbiano aderito alla iniziativa di classe[661]. Di contro, però, il convenuto, ove dovesse risultare parte vittoriosa, non potrebbe direzionare gli effetti della decisione a lui favorevole nei confronti di chi è rimasto estraneo al giudizio, ovverosia di soggetti che non hanno potuto esplicare, seppure nei limiti congeniti allo status di aderente, una attività argomentativo-difensiva. Ma allora, stante suddetta valenza extraprocessuale della sentenza di accertamento, considerato altresì che tanto nel sistema di opt-in quanto in quello di opt-out i soggetti potenzialmente danneggiati sono chiamati a compiere una scelta e a manifestarla con atti aventi rilievo processuale[662], un procedimento di classe automaticamente inclusivo di

quella del ricorrente o al più, ove ad agire sia un ente, la sussistenza della condotta illecita. Non sussiste, dunque, nel silenzio della legge, alcuna preclusione per gli aderenti preventivi nell'ipotesi di sentenza di rigetto. A. Ronco, "*Il consumatore solitario*" citata, pagine 248-249, esclude categoricamente che soggetti danneggiati da un illecito di massa non aderenti possano essere pregiudicati da un giudicato favorevole alla parte resistente. Di contro, però, il "consumatore solitario", il quale non ha preso parte al procedimento di classe, può avvantaggiarsi di in sede individuale di una pronunzia sfavorevole per il convenuto, limitatamente all'accertamento della sussistenza della condotta denunziata. A sostegno di ciò, l'A. si domanda perché il convenuto ritenuto responsabile dell'illecito di massa si dovrebbe ritenere vincolato nei confronti di futuri aderenti (*id est* di coloro i quali manifestano volontà adesiva dopo la sentenza di merito) e non invece verso chi, colpito dal medesimo comportamento illegittimo, potrebbe agire in via individuale. Ci sembra, tuttavia, che il ragionamento dell'A. rifugga dalla ratio di una azione di classe con sistema di opt-in, non potendosi ignorare il meccanismo adesivo prescelto dal legislatore. Ed invero, da un punto di visto strettamente pragmatico, ci si potrebbe chiedere: perché un danneggiato che decide di rimanere all'ombra dell'azione di classe, pur avendo la facoltà di intervenire post sentenza, con una maggiore ponderazione dei rischi, dovrebbe avere la possibilità di profittare di un accertamento giudiziale che non attiene alla propria situazione soggettiva? Tra l'altro, lo stesso A. sembra, poi, correggere il tiro, non parlando di vincolatività di una sentenza di merito, resa a seguito di un giudizio di classe, in un processo individuale, bensì di facoltà di avvalersi di tale pronunzia come mezzo di prova oppure delle prove già assunte nel processo di classe.

[661] Precisiamo che, a prescindere da considerazioni astratte, suddetta invocabilità si configura come evenienza logica e pragmatica. E difatti appare improbabile, oltre che irragionevole, che un giudice, adito in via individuale a seguito di un procedimento di classe, non si avvalga dell'accertamento giurisdizionale ivi scolpito o, comunque, delle prove nello stesso assunte.

[662] E precisiamo che l'apatia razionale e i suoi effetti di inazione si prospettano in entrambi gli schemi adesivi. Tuttavia, l'imposizione di un diritto di recesso consentirebbe di sfoltire e alleggerire la farraginosa struttura del processo di classe riformato nel 2019, concentrando l'atto di manifestazione esplicita di volontà esclusivamente nella fase iniziale del giudizio, e assicurerebbe maggiore certezza alla posizione del convenuto, irrobustendo realmente le possibilità di una soluzione conciliativa della controversia. Peraltro, come nota G. Bertolino, opera citata, pagine 480-482, 491, 497, esistono già nel nostro ordinamento casi in cui la legge fa discendere il consenso dal silenzio o dall'inerzia, come ad esempio l'ipotesi in cui il convenuto, messo a conoscenza del processo mediante notificazione, decida di non parteciparvi, rimanendo contumace e, dunque, di non esercitare attivamente il proprio diritto di difesa in giudizio. Si pensi anche alla non contestazione del terzo nell'alveo della espropriazione presso terzi oppure al disposto dell'art. 126 della legge fallimentare sulla comunicazione della proposta di concordato tramite pubblicazione su uno più quotidiani, a diffusione nazionale o locale, ove vi sia un rilevante numero di creditori (in particolare, l'art. 128 l. fall. statuisce la vincolatività del concordato fallimentare per i creditori che non facciano pervenire il proprio dissenso nel termine stabilito dal giudice delegato). E ancora, la Corte Costituzionale (Corte cost. 1978, n. 10) ha ammesso la possibilità di ricorrere a forme di notificazione da cui scaturisca una presunzione legale di conoscenza, a salvaguardia della necessità che la funzione giurisdizionale non sia paralizzata. E in tal senso rileva il disposto dell'art. 150 c.p.c. ove la notificazione tramite mezzi ordinari sia "sommamente difficile per il rilevante numero dei destinatari o per difficoltà di identificarli tutti". E allora ben potrebbe prevedersi che chi riceva una notificazione in merito alla proposizione di una azione di classe abbia l'onere di attivarsi. G. Bertolino, pera citata, pagine 481-482, avanzava la possibilità di conferire al giudice un margine di scelta sui modi più opportuni per effettuare la comunicazione della pendenza della azione di classe, sfruttando, ad esempio, internet. E a quest'ultimo proposito, basti notare come tanto la disciplina del 2019 quanto quella delle azioni rappresentative contemplano un portale pubblico dei servizi telematici per tutte comunicazioni (dalla pendenza della controversia allo schema di accordo transattivo). Pertanto, non mancavano di certo gli strumenti per concretizzare il diritto

tutti i soggetti potenzialmente danneggiati da una condotta illecita sistematicamente reiterata si configurerebbe come rispettoso del principio della parità della parti e come considerevolmente più efficace. E sarebbero, poi, conseguiti anche il congestionamento delle risorse giurisdizionali in un'unica causa[663], eliminando il rischio di decisioni giudiziali tra loro confliggenti.

Ad ogni modo, prendendo atto della distanza tra l'ordinamento giuridico nostrano e il meccanismo di opt-out, sarebbe stato opportuno e plausibile irreggimentare il predetto esclusivamente con riferimento alle controversie di modico valore[664], quali appunto possono essere le azioni rappresentative a tutela degli interessi dei consumatori, ovvero implementare un sistema di adesioni misto o, comunque, versatile, come consentito dalla Direttiva

di auto-esclusione dalla classe. Ad ogni modo, clausola di salvaguardia per i componenti della classe sarebbe costituita dalla non vincolatività degli effetti di una decisione giudiziale resa a seguito di una non adeguata rappresentazione in giudizio. In particolare, è possibile sostenere la possibilità in capo ai componenti della classe non fuoriusciti dalla stessa di denunziare gravi vizi processuali a loro danno a mezzo di revocazione straordinaria ovvero di opposizione di terzo. G. Gerardo, opera citata, pagina 7, richiama il diritto per i membri della classe, nell'ordinamento giuridico statunitense, di intervenire in giudizio, in caso di inadeguata rappresentanza (*intervention of right*). A. Dondi- A. Giussani, "*Commonality all'italiana e avvio (timido) della nostra azione di classe*" a commento di Corte d'Appello Milano, Sez. I, 25 agosto 2017, n. 3756 in "*Giurisprudenza italiana*", 2018, pagina 107, ipotizzano come plausibile e ragionevole un consenso tacito e qualificato ai fini della adesione alla azione di classe.

[663] Ed invero, il numero di soggetti non esercitanti il diritto di recesso, a causa della scarsa o inesistente propensione ai rischi processuali, sarà inevitabilmente più elevato di quello degli aderenti attivi. Di contro, in un congegno di adesioni improntato su dichiarazioni espresse di inclusione nella classe, l'impresa convenuta rimane esposta ai rischi di ulteriori iniziative individuali da parte di soggetti danneggiati, donde il dispendio di risorse giurisdizionali in controversie che potrebbero utilmente essere raccordate in un unico procedimento.

[664] V. C. Castaldo, opera citata, pagina 1122, parla più genericamente di controversie al di sotto di una soglia valoriale indicata dalla legge. G. Scarchillo, opera citata, pagina 138, sostiene invece che le norme introdotte dalla legge del 2019 offrirebbero una tutela maggiore rispetto dell'opt-out d'oltreoceano, in cui la vincolatività della decisione prescinde dall'esito del giudizio (positivo o negativo per la classe), motivo per il quale il sistema di adesioni italiano non necessiterebbe di emende. Ora, pur volendo tralasciare la considerazione sulla opportunità o meno di apportare modifiche alle modalità di aderire alla classe, non può non sottolinearsi come la scelta del legislatore del 2019 non sia priva di criticità. Ed invero, è indubbio che il meccanismo di opt-in con duplice finestra di adesioni possa sembrare sbilanciato ai danni del soggetto convenuto (motivo che, di per sé, dovrebbe già condurre a sostenere la necessità di modifiche). Inoltre, da un punto di vista pragmatico, pur con l'innesto di una seconda finestra temporale per le adesioni, a differenza di quanto avviene nell'opt-out, i soggetti potenzialmente danneggiati sono comunque tenuti ad attivarsi, nel rispetto dei requisiti di cui all'art. 840-septies c.p.c., previsti a pena di inammissibilità., senza, pertanto, una soluzione della problematica della inerzia fisiologica che contraddistingue i titolari di pretese di modico valore. Sul fatto che, proprio per quest'ultima categoria di controversie, non esistono ostacoli di matrice costituzionale alla irreggimentazione dell'opt-out, considerato anche che lo scopo dell'azione di classe è quello di far emergere il contenzioso latente, si veda G, Bertolino, opera citata, pagine 501-503. P. Fiorio, "*La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*" citata, pagine 20 e 36, critica in generale il meccanismo adesivo, ispirato alla riforma francese del 2015 (*loi* 14/1072015, n. 2015-1268) alla luce dalla facoltà di aderire post sentenza di accoglimento, poiché il legislatore non ha considerato la sussistenza di diverse tipologie di illeciti e di danni -esistono condotte indebite aventi un maggiore tasso di affinità (in ambito contrattuale) rispetto ad altre- né ha approntato un meccanismo adesivo speciale e distinto per le micro-lesioni, per le quali sussiste sempre il rischio che il profitto dell'impresa sia superiore rispetto ai costi sostenuti dalla stessa in sede risarcitoria. Sul modello francese di azione di gruppo si veda P. Massaro, "*The Italian class action reform: a redisigned tool beyond consumer law"* citata, pagina 858, il quale individua i seguenti tratti comuni tra legislazioni italiana e francese: il fatto che la sentenza di accertamento delimiti la classe; il difetto della qualifica di parte in capo agli aderenti; la fissazione del termine per aderire alla classe con la sentenza di accoglimento. Si veda anche S. Azzarello, "*La terza fase dell'azione di classe*" citata, pagina 94, la quale sottolinea come le adesioni post sentenza nella legislazione francese presuppongono il passaggio in giudicato della predetta.

1828/2020[665]. E proprio per questa ragione il decreto del 2023 di recepimento si prospetta come una occasione sprecata[666].

In dottrina[667] si anche è ventilata l'ipotesi di incrementare la sinergia cooperativa tra giudice ordinario e Autorità antitrust -e, alla luce dell'ambito applicativo delle azioni rappresentative può farsi riferimento ad ogni *Authorities*-, devolvendo a quest'ultima il compito di raccordare posizioni giuridiche omogenee sul mercato potenzialmente assommabili in una *class action* o, comunque, in una azione seriale. L'Autorità garante fungerebbe cioè da catalizzatore di micro-danni, specialmente con riferimento a pratiche commerciali aventi a oggetto beni e servizi a larga diffusione. Tale possibilità, seppur suggestiva andrebbe, però, ad incrementare le funzioni di autorità amministrative già detentrici di poteri di intervento in diversi interstizi ordinamentali. Più fattibile, invece, sarebbe attribuire il compito di collettore di potenziali attori agli studi legali, deputati alla salvaguardia degli interessi dei propri assistiti e non anche del generale funzionamento del mercato.

Nell'ottica di deterrenza e prevenzione, difatti, risulta più logico valorizzare l'egoismo individuale piuttosto che un intervento pubblico istituzionalmente preordinato alla tutela di interessi generali. Soluzione, quest'ultima, scartata dal legislatore del 2023, il quale non ha dedicato neppure una disposizione al ruolo dei legali rappresentanti[668].

---

[665] Esempi di sistemi adesivi elastici e malleabili, ovverosia in cui è riconosciuto un margine di discrezionalità in capo al giudice, al fine di stabilire quale dei predetti meccanismi si confaccia maggiormente al caso di specie, si rinvengono in Belgio e nel Regno Unito, su cui G. Bertolinio, opera citata, pagine 485-486. In particolare, nel primo dei menzionati ordinamenti giuridici sussiste un ampio spazio per la scelta discrezionale del giudice, posto che l'obbligatorietà dell'opt-in è sancita con esclusivo riferimento a controversia aventi a oggetto danni alla persona o danni morali oppure se siano coinvolti consumatori non residenti in Belgio. Nel Regno Unito, invece, le Corti sono chiamate ad effettuare una valutazione sulla opportunità della iniziativa collettiva e sulla adeguata capacità del rappresentante di curare i diritti dei *class members*, a seguito della quale è poi prescelto il procedimento adesivo più consono al caso di specie.

[666] Parlava, con riferimento alla legge 31/2019, di occasione sprecata in relazione alla mancata implementazione di un sistema adesivo di opt-out per un provinciale rifiuto verso lo stesso A. Giussani, "*Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina delle azioni di classe*" in *"Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31* a cura di Sassani, Pisa, 2019, pagina 156.

[667] K. Marcantonio, "*Il danno antitrust dopo l'introduzione della class action: back and forth interaction tra il giudice e l'Antitrust?"* in "*Concorrenza e mercato*", 2014 pagine 246-252.

[668] Come nota A. Giussani, "*Le azioni di classe dei consumatori*" citata, pagina 160, in Italia persiste l'antagonismo verso il modello statunitense di class action per ragioni di ordine culturale, più che di praticabilità sul piano normativo. E difatti, concependo l'avvocato come imprenditore sarebbe possibile anticipare la valutazione sulla fondatezza delle domande giudiziali, posto che il difensore tecnico sarebbe chiamato a investire nella controversia. Di conseguenza, eccettuati i casi di studi legali con risorse considerevolmente ingenti –realtà ben lontana dal nostro ordinamento-, verrebbero incardinate principalmente iniziative giudiziali non manifestamente infondate. Per quest'ultimo rilievo si veda anche A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" in "*Rivista di diritto processuale civile*" 2019, pagina 1572. Sul fatto che l'Italia non sia in grado di abbandonare la diffidenza verso il modello statunitense dell'opt-out, a differenza di altri Paesi europei A. D. De Santis, "*La tecnica di composizione della classe: le adesioni e i loro effetti*" in "*Class action e azione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla L. 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di U. Ruffolo, Milano, 2021, pagina 132.

3.3 La sentenza di accoglimento e l'accertamento dei diritti dei singoli aderenti.

Tra le norme richiamate dal decreto del 2023 figura anche l'art 840-sexies c.p.c., dedicato alla sentenza di accoglimento, avente un contenuto decisamente composito, precettivo e ordinatorio. Ed invero, nell'ipotesi di fondatezza dell'azione, il Tribunale emette una pronunzia che, da una parte, contiene l'accertamento dei diritti fatti valere ovvero della sola condotta[669], dall'altra pone le imprescindibili fondamenta della terza fase del giudizio, deputata alla valutazione delle pretese dei singoli aderenti[670].

In particolare, con la pronunzia di merito, il giudice definisce i caratteri dei diritti individuali omogenei[671], specificando gli elementi necessari per l'inclusione in una classe che ha già preso forma, ma è destinata, proprio per la seconda finestra temporale per le adesioni, ad espandersi. Inoltre, con la sentenza il Tribunale: stabilisce la documentazione che gli aderenti devono produrre, al fine di dimostrate la titolarità dei diritti individuali omogenei; dichiara l'apertura della seconda fase di adesioni[672]; nomina il giudice delegato e l'enigmatica figura del rappresentante comune degli aderenti[673]; determina l'importo dovuto dai soggetti

[669] In particolare, la sentenza condanna il convenuto al risarcimento dei danni o alle dovute restituzioni, ove ad agire sia stato un singolo componente della classe. Nel caso in cui, invece, ad agire sia stata una organizzazione, nella sentenza - la quale sarà quindi meramente dichiarativa- è scolpita una attestazione di illiceità della condotta e di sua riconducibilità al resistente.

[670] A. Giussani, "*Le azioni di classe dei consumatori*" citata, pagina 162, reputa opportuno rinviare l'analisi delle questioni personali ad una fase successiva all'accertamento di merito, e segnatamente in quella esecutiva, in cui potrebbero essere fatte valere tramite opposizione all'esecuzione, sì da pervenire eventualmente ad una sentenza di condanna a carico del resistente con riserva. Sarebbe infatti del tutto irragionevole onerare il giudice di valutare la fondatezza delle singole adesioni nella fase di merito e disporne, se del caso, l'esclusione dalla classe. Nonostante la soluzione immaginata dall'A. sembri, apparentemente, essere stata positivizzata dal legislatore della riforma, in realtà la fase susseguente alla sentenza di accoglimento non ha matrice esecutiva, essendo anche essa deputata ad un accertamento di merito.

[671] A tale proposito, bisogna notare come potrebbe porsi il rischio di un discostamento da quanto stabilito in seno all'ordinanza di ammissibilità, così come, specularmente, un mero rinvio contenutistico alla stessa. D. Amadei, "*Nuova azione di classe*" citata, pagina 1080, ritiene che possano esserci scostamenti anche rilevanti rispetto all'ordinanza iniziale. G. Afferini, "*La nuova azione di classe antitrust*" citata, pagina 142, invece, parla di una possibile definizione dei diritti individuali omogenei soltanto parzialmente differente rispetto a quella contenuta nell'ordinanza. C. Consolo, "*La terza edizione*" citata, pagina 741, prospetta il rischio che ordinanza e sentenza di merito definiscano i diritti individuali omogenei in modo antitetico, non sussistendo, peraltro, disposizioni di legge atte a risolvere tale evenienza. Tuttavia, ID, "*L'azione di classe, trifasica*" pagina 729, esclude che la sentenza possa discostarsi dalla ordinanza di ammissibilità in termini di contenuto, potendola al più precisare, poiché la predetta è suscettibile di reclamo e, in seguito, acquista una certa stabilità. Sul problema applicativo nascente in seguito al discostamento della sentenza di merito dal contenuto della ordinanza di inammissibilità si veda anche A. D. De Santis, "*Il procedimento*" citata, pagina 355, secondo il quale la sentenza è destinata a sostituirsi integramente all'ordinanza.

[672] Le adesioni, anche in questo caso, devono avvenire entro un termine perentorio, non inferiore a 60 e non superiore a 150 giorni, a decorrere dalla data di pubblicazione della sentenza di merito, a cura della cancelleria, nell'area pubblica del portale dei servizi telematici.

[673] Questa figura, infatti, racchiude in sé funzioni pubbliche e private. A. Giussani, "*La fase di determinazione del quantum nella nuova azione di classe*" in "*La Class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", 2019, pagina 2318, Id, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagine 1576-1577 e 1593-1594, al riguardo parla proprio di commistione tra funzioni pubbliche e private, descrivendo il rappresentante comune come figura che serve due padroni: la legge (in quanto p.u.) e gli aderenti. Deve trattarsi di un soggetto avente i requisiti per la nomina a curatore fallimentare e, *prima facie,* sembra un ausiliario del giudice (di qui la qualifica di pubblico ufficiale), incaricato della stesura del progetto dei diritti individuali omogenei, punto di riferimento per tutta la fase di liquidazione. Tuttavia, non si riscontrano

interessati ad aderire a titolo di fondo spese[674], indicando anche le modalità di versamento a pene di inefficacia.

Calando suddette disposizioni nell'alveo delle azioni rappresentative, notiamo che il contenuto della sentenza, nonostante possano essere richiesti provvedimenti inibitori e compensativi, è destinato ad attenere esclusivamente la illegittimità del comportamento denunziato in giudizio e, al più, la sua capacità lesiva, ciò alla luce delle ristrettezze in punto di legittimazione ad agire. Non si pongono problemi con riferimento al ruolo del giudice delegato, essendo inevitabile che la successiva fase del giudizio sia deputata all'accertamento delle posizioni soggettive dei singoli consumatori e utenti[675]. Come evidenziato *supra*, poi, il

i requisiti di terzietà e imparzialità, dovendo tale rappresentante curare gli interessi dei soli aderenti. Tra l'altro, l'entità del suo compenso è rapportata alla somma totale ricavata (in misura non superiore a un decimo della stessa *ex* art. 840-terdecies c.p.c.). Ed è per questo che il mandato conferito dagli aderenti al rappresentante comune potrebbe definirsi come in rem propriam. A. D. De Santis, "*L'adesione*" in "*Foro it*", 2019, pagina 362, e ID "*La tecnica di composizione della classe: le adesioni e i loro effetti*" citata, pagina 141, parla di figura "anomala", la quale potrebbe esser qualificata come ausiliario tecnico nella gestione della lite di massa, con il potere di rappresentare gli aderenti (e, in tale evenienza, trattandosi di un ausiliario del giudice, il predetto dovrebbe essere ricusabile), recuperando in tal modo quanto affermato in C. Appello Torino, 23 settembre 2011, con riferimento alla associazione mandataria dell'attore. D'altra parte, l'A. non manca di sottolineare come, trattandosi di una figura ibrida, la disciplina del rappresentante comune dovrebbe essere ricostruita in via ermeneutica. C. Biasior, "*Private antitrust enforcement: la prospettiva del mercato. La nuova azione di classe*" citata, pagina 150, proponeva una coincidenza tra rappresentante comune e ricorrente. D. Dalfino, "*Le impugnazioni*" citata, pagina 203, parla di figura "ambigua" soggetta ad una disciplina "stravagante". Riteniamo che i dubbi interpretativi e i rischi di conflitti di interessi e condotte abusive sarebbero ovviabili con la soluzione proposta da G, Afferini, "*La nuova azione di classe antitrust*" citata, pagina 151, sulla nomina a rappresentante comune degli aderenti dell'avvocato del proponente ovvero dell'associazione promotrice dell'azione di classe. Similmente R. Donzelli, "*L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*" in *"Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31* a cura di Sassani, Pisa, 2019, pagina 18, sottolinea come l'illogicità della figura del rappresentante comune degli aderenti, poiché l'ente rappresentativo meglio conosce le pretese dei componenti della classe.

[674] A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagina 1598-1599, sostiene le somme versate siano irripetibili, anche nell'ipotesi di revoca della adesione, stante il silenzio della legge sul punto. Pertanto, sarebbe possibile ipotizzare la destinazione dei residui attivi al rappresentante comune degli aderenti, mentre la restituzione degli stessi agli aderenti al termine del giudizio implicherebbe l'obbligo di questi di rispondere alle spese del giudizio. E proprio per questa ragione non può sostenersi la destinazione delle somme al conto intestato alla procedura, visto che le somme accreditate sono destinate agli aderenti. P. Fiorio, "*La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza?*" citata, pagina 23, lamenta la assoluta mancanza di chiarezza delle norme relative al fondo spese, non essendo chiari i beneficiari, e, in ultima istanza, il versamento delle somme in danaro finisce per essere un modo per scoraggiare le adesioni. Il timore dell'A. è ragionevole, considerato il fatto che il giudizio di merito è concluso e, dunque, non sussistono spese di gestione in tal senso. Anche A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagine 1596-1598, critica la mancata indicazione della destinazione dei versamenti. Alla luce di tale lacuna, l'A. propone allora di imputare a tale fondo le spese della parte resistente nelle ipotesi di rigetto, totale o parziale, oppure di revoca delle adesioni, con un obbligo di gestione in capo al rappresentante comune degli aderenti. Sarebbe questi, in ultima istanza, il destinatario delle somme versate, nonché professionalmente responsabile in tal senso, nei limiti di quanto versato. Tale ricostruzione implica un significativo rischio imprenditoriale in capo al rappresentante comune. Rischio, comunque, da cui dipende, in generale, il successo dell'azione di classe e insito nell'incarico del predetto, posto che il suo compenso dipende dal numero di aderenti. Tuttavia, sembra il caso di sottolineare che, indipendentemente dalla confusione e dalla opacità normative che avviluppano la figura del rappresentante comune, questi ha la qualifica di pubblico ufficiale, la quale non è di certo compatibile con una visione imprenditoriale del ruolo. Ciò, ovviamente, non esclude la responsabilità del soggetto in parola, nelle ipotesi di *mala gestio* o di condotte abusive, ma riteniamo che non dovrebbe essere chiamato a rispondere nelle ipotesi di riforma in appello della sentenza.

[675] In punto di determinazione del quantum spettante ai singoli aderenti P. Farina, opera citata, pagina 664, ritiene che la stessa potrebbe avvenire in via equitativa oppure con l'adozione di un criterio omogeneo di calcolo. In generale, sulla fase di liquidazione, G. Scarselli, "*La nuova azione di classe*" citata, pagina 674, accoglie favorevolmente il fatto che la

legislatore del 2023, rispettando il monito di quello europeo, ha previsto la doverosità della modesta entità del contributo dovuto dai singoli aderenti, escludendo espressamente il potere del giudice di disporne una integrazione ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 840-sexies c.p.c. Complesso, invece, è coordinare il ruolo del rappresentante comune degli aderenti con la struttura del processo rappresentativo. Nello specifico, non ci si può che domandare se l'ente legittimato è destinato farsi da parte, lasciando la gestione della successiva fase processuale al predetto rappresentante, ovvero se le funzioni di quest'ultimo saranno svolte dall'ente. Questa evenienza, per quanto ponga problemi in punto di competenza, specialmente nella fase di redazione del progetto dei diritti individuali omogenei[676], dall'altra risolverebbe le criticità riconducibili al difetto di imparzialità del rappresentante comune degli aderenti. E tuttavia, nel silenzio della legge, e considerata, tra l'atro, la espressa esclusione della applicazione del comma dell'art 840-sexies c.p.c.[677], non può che prendersi atto del ruolo che questi è chiamato a svolgere anche in seno alle azioni rappresentative. Al fine di salvaguardare gli interessi dei consumatori, però, riteniamo che l'ente designato non debba uscire di scena, svolgendo un ruolo di monitoraggio dell'operato di questo ausiliario del giudice con un interesse in causa[678]. E non potrebbe sostenersi altrimenti, dal momento che il legislatore nazionale ha, incautamente, aperto il varco all'istituto del *third party litigation funding* e il soggetto ricevente i fondi è proprio l'ente legittimato, il quale, dunque non può che continuare a svolgere un ruolo nel giudizio.

Anche nel processo rappresentativo, dunque, snodo cruciale è la redazione del progetto dei diritti individuali omogenei da parte del rappresentante comune degli aderenti, sulla base delle prove, esclusivamente documentali[679], prodotte da questi ultimi a corredo della domanda di

stessa ricordi una procedura concorsuale, evidenziando, però, come punto debole la circostanza che non tutti i creditori (*id est* gli aderenti) sono legittimati a presentare opposizione

[676] Riteniamo, infatti, che si configurerebbe come imprescindibile la nomina di un ausiliario tecnico che assista l'ente.

[677] A riprova del fatto che, ove legislatore avesse voluto, avrebbe espressamente escluso l'applicazione delle norme processuali inerenti alla figura del rappresentante comune degli aderenti.

[678] Ed invero, maggiore è il numero degli aderenti, maggiore sarà l'aumento del compenso del rappresentante comune. G. Ponzanelli, "*Risarcimento del danno e class action*" in *"Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 38, critica l'incertezza conseguente al fatto che il compenso del rappresentante comune sia agganciato al numero di aderenti, circostanza, peraltro, che rende più difficili le possibili definizioni transattive della controversia.

[679] È dunque garantita la partecipazione al contraddittorio, esclusivamente scritto, degli aderenti. Ed invero, stando alla lettera della legge, "nella procedura di adesione non sono ammessi mezzi di prova diversi dalla prova documentale". A. Carratta, "*I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura"* citata, pagina 2299, critica i limiti ai mezzi di prova di cui possono avvalersi gli aderenti, dal momento che soggetti interessati ad aderire potranno agire soltanto in via individuale se sprovvisti di prove documentali. Tale preclusione in punto di prova è preposta a velocizzare i tempi della fase di liquidazione. Tuttavia, la legge consente al giudice di valutare, ai fini probatori, presunzioni semplici e dati statistici. Per le prime non si prospettano dubbi o criticità, trattandosi di un istituto disciplinato espressamente dal codice civile (art. 2729 c.c.). Il riferimento alle prove statistiche ha invece destato perplessità in dottrina, anche se dovrebbe

adesione[680]. Pertanto, entro il termine perentorio di 120 giorni dalla scadenza della seconda finestra temporale delle adesioni, il resistente deve prendere posizione, in una memoria

ritenersi questa apertura assolutamente ragionevole, in quanto collimante con il tipo di procedimento seriale e la deformalizzazione istruttoria, nonché con la tipologia di accertamento e di quantificazione dei danni, attività contraddistinte da standardizzazione. F. Tedioli, "*Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile"* citata, pagina 1416 ritiene potenzialmente in contrasto con l'art. 24 Cost. la facoltà del giudice di avvalersi di prove statistiche a fini decisori. In termini più dubitativi G. Scarselli, opera citata, pagina 5. A. Menegalli, "*La fase istruttoria nella nuova azione di classe*" citata, pagina 2311, sottolinea come le prove statistiche, pur non appartenendo ai mezzi di prova tipici previsti dalle leggi processuali, si apprezzino proprio nell'ambito dei fatti collettivi. Esse, infatti, non possiedono la capacità di rappresentare i fatti da provare, potendosi al più risalire ad essi mediante un procedimento inferenziale, poggiato su massime di esperienza e sapere scientifico. Quindi, per l'A. si tratta di meri dati su cui il giudice può basare il proprio convincimento, da accompagnare necessariamente con altri elementi di prova. In quest'ultimo senso anche A. D. De Santis, "*La trattazione, l'istruzione e la decisione*" in "*Class action e azione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla L. 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di U. Ruffolo, Milano, 2021, pagina 162, secondo il quale i dati statistici non possono costituire, di per sé, prova del fatto da accertare in giudizio. Possiamo, quindi, affermare che le statistiche avrebbero una mera valenza descrittiva di fatti e fenomeni. Sul fatto che le prove statistiche alleggerirebbero l'onere probatorio in capo al ricorrente G. Mazzaferro, "*Brevi riflessioni sul disegno di legge n. 844 (azione di classe) e su alcune proposte di emendamenti"* in "*judicium*", 18 febbraio 2019, paragrafo 3. Ad ogni modo, i dati statistici non sono un elemento probatorio sconosciuto alla giurisprudenza, venendo in rilievo in materia antitrust in punto di prova del nesso causale (Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305). Pertanto, non è da escludere che si sviluppino orientamenti giurisprudenziali propensi a valorizzare l'importanza probatoria di statistiche. D. Dalfino, "*Azione di classe e azione collettiva inibitoria: nuovo testo (art. 840 bis ss. c.p.c.) e nuove (ma non solo) questioni"* citata, pagina 323, accoglie favorevolmente l'utilizzabilità di prove statistiche, dubitando, invece, dell'utilità delle dichiarazioni scritte dei terzi ispirate all'affidavit. Sul fatto che l'impiego di dati statistici, ai fini probatori, non costituisca una novità A. D. De Santis, "*Il procedimento*" citata, pagina 354, e ID "*Le spese e le sanzioni*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 364, venendo i predetti in rilievo in materia di linee guida e quantificazione del danno nella responsabilità medica e in tema di riconoscimento della protezione internazionale. In particolare, l'A. reputa verosimile l'utilizzazione di dati statistici nella dimostrazione del nesso di causalità tra eventi e danno, con conseguenti agevolazioni probatorie su tale frangente. Nello stesso senso ID, "*La trattazione, l'istruzione e la decisione*" citata, pagina 163, ove l'A. innesta anche un parallelismo tra i dati statistici e la *Anscheinsbeweis* tedesca (la prova *prima facie*), raccostabile al concetto di massime di comune esperienza e destinata a trovare applicazione in quei settori in cui determinati accadimenti si verificano con regolarità.
A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagina 1584, ritiene, richiamando il disposto dell'art. 40 del codice pari opportunità (d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198), che i dati statistici non siano presunzioni semplici, bensì meri elementi fattuali con valenza descrittiva. Id, "*Le azioni di classe dei consumatori*" citata, pagina 163, evidenzia come i risarcimenti in via standardizzata, in seno alle azioni di classe (e, ora, anche nell'alveo di quelle rappresentative) siano inferiori rispetto a quelli raggiungibili in sede individuale, il che costituisce un beneficio per il soggetto convenuto. Id, "*Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*" nota a Cass. sez. III, 31 maggio 2019, n. 14886, in "*Riv. dir. proc*.", 1/2020, pagine 359-364, descrive la adesione alla azione di classe quale implicita rinunzia alla quantificazione individualizzata del risarcimento, sottolineando come la quantificazione standardizzata dei danni rende possibile l'apprezzamento seriale e, quindi, faciliti la gestione del contenzioso da parte dei giudici. In particolare, l'A., riferendosi al danno non patrimoniale -ma si tratta di un ragionamento applicabile anche ai danni patrimoniali-, porta l'esempio in cui si selezioni un campione di aderenti e si divida la cifra stimata per i componenti, giungendo a determinare il valore medio di danno risarcibile. Tale sistema di liquidazione, inoltre, conducendo a una determinazione risarcitoria inevitabilmente inferiore rispetto ai pregiudizi in concreto provocati, con conseguenti minori oneri per il condannato, sfugge al rischio di sovradeterrenza.
Sul frangente della standardizzazione della liquidazione dei danni, A. C. Di Landro, *"Ospitalità ed omogeneità nella nuova azione di classe. Nuove prospettive di riflessione"* citata, pagina 1267, parla di danno forfettizzato. A proposito di standardizzazione, degna di nota è la proposta avanzata da P. G. Monateri, "*La responsabilità civile individualista e la responsabilità civile di massa: il costo del sistema*" in "*Danno e responsabilità*", 1/2023, pagine 5-7, in merito ad una struttura decisionale non individualista per settori giuridici ad alta densità di ripetitività, ovverosia connotati da fenomeni e fatti socialmente rilevanti, dal momento che la trattazione delle singole controversie aventi a oggetto micro-danni importa elevati costi per il sistema giudiziario italiano. La proposta dell'A., peraltro, troverebbe riscontro nel disposto dell'art. 2050 c.c., posto che la distinzione tra attività ordinarie e pericolose si fonda proprio sul fattore della frequenza dei danni cagionati.

[680] Tra suddette prove documentali, spiccano le dichiarazioni di terzi capaci di testimoniare, rilasciate ad un avvocato, assimilabili agli affidavit dell'ordinamento giuridico statunitense e soggette al prudente apprezzamento del giudice. Non è chiaro di quale avvocato parli il legislatore, cioè se si tratta di quello facoltativamente nominato dell'aderente ovvero di qualsiasi soggetto abilitato alla professione ed estraneo, perlomeno fino a questo momento, al processo. G. Caruso, opera

contente tutte le sue difese, in merito alle pretese dei singoli aderenti, posto che la mancata contestazione dei fatti addotti equivale ad un loro ammissione[681]. Entro trenta giorni da tale termine, poi, il rappresentante deve depositare una prima versione del progetto dei diritti individuali omogenei[682] e le conclusioni per ogni singolo aderente. Tale progetto viene quindi comunicato agli aderenti e al resistente (teoricamente tramite pec, dovendosi trattare di una comunicazione individualizzata). Il resistente e gli aderenti hanno poi a disposizione 30 giorni dalla comunicazione per depositare osservazioni scritte[683] e documenti integrativi. Successivamente, entra 60 giorni dalla scadenza del termine per suddette attività, il rappresentante comune apporta le eventuali variazioni al progetto dei diritti individuali omogenei, depositandole nel fascicolo informatico. Ed è proprio in base a codesto progetto che il giudice delegato, con decreto motivato, accoglie in tutto o in parte le domande di adesione, condannando, in quest'ultima evenienza, il resistente al pagamento delle somme o

citata, pagina 15, sottolinea come suddette dichiarazioni scritte richiamino l'istituto dell'*affidavit*, tipico degli ordinamenti di *common law*, ove, però, ha una portata residuale e non sostitutiva della prova testimoniale in giudizio. L'A., a salvaguardia del principio della parità delle parti, propone di consentire al resistente di chiamare a deporre il terzo dichiarante. In alternativa, sarebbe stato possibile consentire l'accesso a tale mezzo di prova anche al convenuto. A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagina 1591, nota al riguardo la violazione del principio della parità delle armi, avendo soltanto gli aderenti la facoltà di avvalersi della testimonianza scritta. A. D. De Santis, "*L'adesione*" citata, pagina 360, si domanda se sia possibile citare il terzo a testimoniare e se la dichiarazione debba essere rilasciata a qualunque avvocato oppure al solo avvocato del ricorrente. D. Amadei, "*Nuova azione di classe*" citata, pagina 1067, nota come la testimonianza scritta miri a non scoraggiare le adesioni di coloro che, specialmente per condotte extracontrattuali, non possiedono documenti o scritture dimostranti i fatti a fondamento delle pretese. Ad ogni modo, essendo preclusa la assunzione di prove costituende, la testimonianza scritta si appresta a ricoprire un ruolo decisivo. Dal punto di vista tecnico, C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagina 742, fa emergere un dubbio sul potere certificativo dell'avvocato, previsto dalla legge, con riferimento a tali dichiarazioni scritte. Ed invero tale potere di certificazione è in genere legato alla procura alla lite, ma, nel caso di specie, sembra esser riconosciuto all'intera categoria professionale. Sul fatto che le dichiarazioni scritte dei terzi costituiscano prove atipiche da cui il giudice può trarre argomenti di prova R. Donzelli, "*L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*" in *"Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31* a cura di Sassani, Pisa, 2019, pagina 20.

[681] Questa attività difensiva descritta dall'art. 840-octies c.p.c. sembra particolarmente complessa, specialmente nell'evenienza di una particolare estensione della classe. Tuttavia, trovandoci in territorio di condotte plurilesive, contraddistinte da sistematicità, ripetitività e agguagliabilità, è verosimile che i fatti estintivi, modificativi o impeditivi addotti dalla parte convenuta siano destinati a dispiegare i propri effetti nei confronti di diversi sottogruppi di aderenti. Ad un raggruppamento di posizioni soggettive omogenee, del resto, segue la articolazione di difese standardizzate. A. D. De Santis, "*La tecnica di composizione della classe: le adesioni e i loro effetti*" citata, pagina 140, ritiene che la *ficta confessio* per la mancata contestazione da parte del convenuto possa trovare giustificazione nella preclusione, per gli aderenti, di accedere ad attività istruttorie.

[682] E qui troviamo poi una incongruenza con riferimento alla professionalità e alle competenze tecniche che il rappresentante comune deve possedere. Questi, infatti, può richiedere al Tribunale la nomina di uno o più esperti "di particolare competenza tecnica" perché lo assistano nella valutazione dei fatti posti alla base delle singole domande di adesione. Ora, tralasciamo il fatto che una tale assistenza difficilmente si limiterà alla sola fase valutativa, essendo più verosimile che la necessità della stessa si appalesi nella redazione del progetto comune. Non si comprende poi la scelta di riconnettere una tale importanza, nella struttura processuale, ad un soggetto che potrebbe non essere in grado di svolgere da solo la propria funzione. Ed invero, nonostante la fase successiva alla sentenza di accoglimento rassomigli ad una procedura concorsuale, si tratta comunque di una fase di cognizione piena, con riguardo ad una moltitudine di posizioni individuali, per quanto omogenee. E allora, sarebbe forse stato preferibile prevedere già in sede legislativa la nomina di un collegio deputato alla redazione del progetto dei diritti individuali.

[683] Con riferimento alle quali M. Bove, "*L'aderente*", pagina 2308, ritiene si tratti di osservazioni con sola funzione integrativa, e non per esercitare uno *ius poenitendi*.

delle cose dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento o di restituzione ovvero, nelle azioni rappresentative, provvedendo in merito agli altri provvedimenti di matrice compensativa[684].

Il decreto è inspiegabilmente sottratto al potere di impugnativa dei singoli aderenti[685], costituisce titolo esecutivo ed è comunicato ai predetti, al resistente, al rappresentante comune e, nella disciplina delle azioni di classe, ai difensori del ricorrente e dei ricorrenti delle cause poi riunite. Tale ultimo inciso, nell'alveo delle azioni rappresentative, si deve intendere come riferito esclusivamente all'avvocato difensore dell'ente legittimato. Ora, prima che si addivenga ad una chiusura della procedura, con un adempimento spontaneo, con un accordo stragiudiziale ovvero con una azione esecutiva collettiva, è possibile l'impugnazione della sentenza di accoglimento e del decreto motivato (artt. 840-decies e 840-undecies c.p.c.). Anzitutto, la legge prevede la pubblicazione degli atti suscettivi di impugnativa nell'area pubblica del portale dei servizi telematici ed esclude esplicitamente, con riferimento alla impugnazione della sentenza, l'applicazione del termine di cui all'art. 325 c.p.c.[686] Posto il rinvio a tali articoli da parte del decreto legislativo del 2023 si ripresenta il dubbio relativo

[684] P. Farina, opera citata, pagina 665, ritiene possa consentirsi un rinvio *per relationem* ad opera del decreto a tale progetto, come del resto la giurisprudenza di legittimità ammette con riferimento al decreto di rigetto di insinuazione allo stato passivo rinviante alle motivazioni scolpite nel progetto dello stato passivo dal curatore fallimentare, ove tale richiamo sia univoco e le contestazioni del curatore fallimentare sufficientemente specifiche, sì da garantire il diritto di difesa del creditore (così Cass. 9 ottobre 2018, n. 24794; Cass.11 dicembre 2003, n. 18935). Sulla "tentazione" per il giudice delegato di rinviare al contenuto del progetto presentato dal rappresentante comune C. Consolo, "*La terza edizione*" citata, pagina 742, e ID, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagina 742. E riteniamo che tale meccanismo di rinvio motivazionale, in presenza di un progetto redatto in modo precipuo da parte del rappresentante comune degli aderenti, potrebbe trovare applicazione anche con riferimento al decreto nel giudizio rappresentativo, sì da snellire i tempi della procedura.

[685] Si tratta di una lacuna decisamente critica, soprattutto se si prende in considerazione l'ipotesi, per vero non inverosimile, di inezia del rappresentante comune degli aderenti. E tale ultima circostanza è probabilmente destinata a verificarsi in presenza di un decreto di accoglimento parziale delle singole domande di adesione, ovverosia per una sola parte del credito addotto, così come nel caso di rigetto totale di talune adesioni e di accoglimento di altre. L'unico modo per l'aderente di sottrarsi all'inerzia del rappresentante comune è la revoca della domanda di adesione, da effettuare prima che il decreto sia divenuto definitivo nei suoi confronti. In materia di poteri di impugnazione, poi, gli aderenti possono soltanto impugnare la sentenza di merito per revocazione quando ricorrono i presupposti previsti dall'articolo 395 o quando la pronunzia è l'effetto della collusione tra le parti. A quest'ultimo proposito, C. Consolo, "*La terza edizione*" citata, pagina 741, sostiene la inopportunità di tale potere di revocazione riconosciuto agli aderenti, essendo questi privi di poteri di impulso processuale, e reputa, di contro, più plausibile prevedere una causa di revocazione su iniziativa del pubblico ministero, nelle ipotesi di collusione tra ricorrente e resistente.

[686] Sulla operatività del termine di sei mesi per proporre appello U. Corea- M. L. Guarnieri, opera citata, pagina 11; E. Fanesi, opera citata, pagina 11, il quale evidenzia l'inoperatività dell'art. 702-quater c.p.c., rispondente ad una finalità acceleratoria incompatibile con l'esclusione del termine breve di cui all'art. 325 c.p.c. Anche C. Conolso, "*La terza edizione*", citata pagina 741, esclude che operi il termine del rito sommario di cognizione, visto che la disciplina delle azioni di classe è speciale. Nello stesso senso R. Donzelli, "*Le impugnazioni dei provvedimenti decisori*" citata, pagina 370, secondo cui la giustificazione di tale esclusione è primariamente pensata per favorire accordi transattivi. G. Scarselli, "*La nuova azione di classe*" citata, pagina 6, e "*La nuova azione di classe*" in "*La responsabilità del produttore*" a cura di G. Alpa, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, pagina 670, si domanda invece se la ragione della esclusione del termine di cui all'art. 325 c.p.c. non fosse quella di determinare l'operatività di quello *ex* art. 702-quater c.p.c. Propende per l'applicazione dell'art. 702-quater M. Bove, "*L'aderente*" citata, pagina 2307.

alle norme applicabili nel giudizio di appello. Nel silenzio della legge, sarebbe più opportuno sostenere l'applicazione delle regole dell'ordinario processo di cognizione[687]. E riteniamo che quest'ultima soluzione trovi conferma nel disposto dell'art. 281-terdecies c.p.c., essendo le azioni rappresentative soggette al rito semplificato di cognizione, la cui fase di impugnazione è assoggetta alle regole del rito ordinario di cognizione.

Con riferimento, poi, al decreto motivato, la legge consente una opposizione[688] che può essere proposta, mediante ricorso, da resistente, rappresentante comune degli aderenti e avvocato del ricorrente[689], nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento. Su questo frangente, possiamo notare una sorta di incoerenza intrinseca alla disciplina delle azioni di classe, e adesso anche di quelle rappresentative. La legge da una parte tace totalmente in punto di impugnazione della sentenza[690], dall'altra regolamenta il contenuto della opposizione al decreto[691], indicandone anche il termine perentorio per la sua

[687] Escludono l'applicazione in appello delle regole del rito sommario di cognizione, posto che la disciplina dell'azione di classe è speciale rispetto ad esso, E. Fanesi, opera citata, pagina 12, C. Consolo, *"La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*" citata, pagina 741. Altra grave lacuna della legge riguarda la eventuale riforma in appello della sentenza di rigetto impugnata. Su questo versante, G. Scarselli, ultima opera citata, pagina 6,e ID "*La nuova azione di classe*" citata, pagina 671, considera come plausibili sia la remissione degli atti al Tribunale sia la prosecuzione della procedura (*id est* apertura della seconda finestra delle adesioni, definizione dei caratteri dei diritti individuali omogenei, nomina del rappresentante comune degli aderenti) innanzi alla Corte di appello quale giudice di merito, alla luce dell'effetto devolutivo dell'appello. Tuttavia, riteniamo che, pur in presenza della tassatività delle ipotesi di rimessione, appare poco praticabile la via dello svolgimento della fase di liquidazione innanzi al giudice di appello. C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagina 735, pur nel silenzio della legge, propende, nelle ipotesi della riforma in appello della sentenza di merito, per lo svolgimento della fase di liquidazione in appello. A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagina 1589, esclude che la fase di liquidazione possa svolgersi innanzi alla Corte di Appello perché la sentenza del tribunale è definitiva, dovendo dunque riassumersi il processo, su iniziativa del rappresentante comune ovvero del resistente, con ricorso innanzi al tribunale. Prendendo poi in considerazione il dato letterale della legge, si parla, oltre che di giudice delegato, di "Tribunale" e non di giudice, termine che avrebbe potuto consentire di sostenere la prosecuzione della fase di merito innanzi alla Corte di appello. Sulla trasmissione degli atti al Tribunale, nell'ipotesi di riforma in appello della sentenza R. Donzelli, "*Le impugnazioni dei provvedimenti decisori*" citata, pagina 372, in ragione di esigenze di coerenza sistematica, dato che una tale trasmissione di atti al primo giudice è prevista nell'ipotesi di accertamento della Corte di Appello della ammissibilità della domanda. *Contra* M. G. Federici, "*L'azione di classe nei giudizi di impugnazione*" citata, pagina 332, secondo la quale la fase di liquidazione, a seguito di riforma in appello della sentenza di rigetto, si dovrebbe svolgere innanzi alla Corte di appello, posto che: le ipotesi di remissione sono tassative (*ex* artt. 353 e 354 c.p.c.); la Corte è un giudice di merito; opera il principio devolutivo dell'appello. Tuttavia, anche l'Autrice è costretta ad ammettere che la nomina del giudice delegato competa al Tribunale, il che, se si sostiene la tesi della non remissione degli atti in primo grado, ci sembra vada a creare uno scenario processuale inutilmente complesso e arzigogolato.

[688] Nel silenzio della legge, riteniamo che l'opposizione non sospenda l'efficacia del decreto.

[689] Questi però, alla stregua degli avvocati dei ricorrenti di cause poi riunite, può proporre motivi di opposizione relativi esclusivamente ai compensi e alle spese liquidati con il decreto impugnato.

[690] A. D. De Santis, *"L'adesione*" citata, pagina 358, e ID "*La tecnica di composizione della classe: le adesioni e i loro effetti*" citata, pagina 135, fa emergere una gravissima lacuna della normativa in esame: il reclamo contro l'ordinanza di ammissibilità e l'impugnazione della sentenza di accoglimento devono essere proposti quando il termine per le adesioni non è ancora spirato. La parte resistente, cioè, non ha contezza della consistenza della classe e, dall'altra parte, gli aderenti non sanno se è stato proposto reclamo o appello, non essendo previste forme di pubblicità per tali atti. Inoltre, sembra decisamente improbabile che possa essere trovata una armonizzazione in via ermeneutica tra termini per aderire e impugnazioni.

[691] In particolare essa deve contenere: a) l'indicazione del tribunale competente; b) le generalità del ricorrente e l'elezione del domicilio nel Comune in cui ha sede il giudice adito; c) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa

proposizione, nonché il procedimento oppositivo. In particolare, Il presidente del tribunale, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso presso la cancelleria del tribunale, designa il relatore e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro quaranta giorni dal deposito. Il giudice delegato non può far parte del collegio. Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve poi essere comunicato alla oscura figura dei controinteressati, entro cinque giorni dal deposito del decreto[692]. Il resistente deve costituirsi almeno cinque giorni prima dell'udienza, depositando una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto. In aperta contraddizione con il giudizio di primo grado, è ammesso l'intervento di qualunque interessato (non oltre il termine stabilito per la costituzione della parte resistente e con le modalità per questa previste). Entro trenta giorni dall'udienza di comparizione delle parti[693], il tribunale provvede con decreto motivato, con il quale conferma, modifica o revoca il provvedimento impugnato[694].

---

l'opposizione, con le relative conclusioni. A. Giussani, "*La fase di determinazione del quantum nella nuova azione di classe*" citata, pagina 2318 e 2320, nota come l'aderente possa intervenire nel giudizio di opposizione al decreto (verosimilmente l'A. reputa ciò possibile per il riferimento ai controinteressati).

[692] C. Consolo, "*La terza edizione*" citata, pagina 742, con riguardo a tali controinteressati, parla di inspiegabile "deviazione verso il processo amministrativo". ID, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagine 743-744, si interroga su quali possano essere i soggetti riconducibili a tale categoria e su chi sia il soggetto incaricato di individuarli (opponente, cancelleria o Presidente del Tribunale). L'A., esclude, però, che i controinteressati siano gli aderenti, i quali non potrebbero prender parte al giudizio di opposizione al decreto e propone di consentire la revoca della adesione anche dopo una decisione di rigetto sulla opposizione al decreto (incluso il ricorso per cassazione). Si tratta, di certo, di una lettura che non forza il dato letterale della legge. Tuttavia, non può non rimarcarsi come l'argomentazione dell'A. sulla esclusione della facoltà di intervento nel giudizio oppositivo per gli aderenti, dovuta alla circostanza per cui l'opposizione può esser presentata in loro vece da parte del rappresentante comune, non trova espresso divieto ed è e debole, poiché non intercetta le ipotesi di inerzia (intenzionale o dovuta a negligenza) del rappresentante comune. Anche A. Ronco, "*Il consumatore solitario*" citata, pagina 246, sostiene che i controinteressati legittimati a intervenire non siano gli aderenti, bensì soggetti coolegittimati alla opposizione ovvero soggetti materialmente terzi. G. Scarselli, opera citata, pagina 9, e ID, "*La nuova azione di classe*" citata, pagina 675, ritiene che per controinteressati debbano intendersi gli aderenti, i quali sarebbero, dunque, legittimati a intervenire nel giudizio di opposizione. In senso dubitativo, R. Donzelli, "*Le impugnazioni dei provvedimenti decisori*" citata, pagina 373, il quale sottolinea come non sia agevole comprendere chi, oltre agli aderenti, sia interessato ad intervenire nel giudizio di opposizione al decreto. G. Afferini, "*La nuova azione di classe antitrust*" citata, pagina 148, reputa che i controinteressati siano i soggetti legittimati a presentare opposizione ai quali il ricorrente non ha notificato il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza.

[693] Sul punto, a meno che non si voglia comprimere il contraddittorio tra le parti, tale termine è da intendersi come ordinatorio, fermo restando il fatto che appare inverosimile l'adozione di una decisione in soli trenta giorni.

[694] P. Farina, opera citata, pagina 667, rinviene una analogia con il reclamo cautelare di cui all'art. 669-terdecies c.p.c. in considerazione dell'effetto sostitutivo del giudizio oppositivo, in quanto finalizzato a confermare, modificare o revocare il provvedimento impugnato. Di conseguenza, ove il decreto del Tribunale dovesse accertare crediti ulteriori rispetto a quanto statuito dal giudice delegato, l'eventuale esecuzione forzata si fonderà sul nuovo decreto e, ove la procedura esecutiva sia già iniziata, i creditori dovranno esperire intervento nella stessa oppure dovrebbe essere avviata una separata esecuzione collettiva; in tal senso F. Cossignani, "*Adempimento spontaneo ed esecuzione collettiva" in "Commento sistematico alla l. 12 aprile 2019, n, 31*" a cura di B. Sassani, Pisa, 2019, pagina 182. E. Fanesi, opera citata, pagina 13, sostiene che suddetto decreto sia poi ricorribile per Cassazione *ex* art. 111 Cost., poiché non altrimenti impugnabile; in tal senso anche G. Scarselli, opera citata, pagina 9, e ID, "*La nuova azione di classe*" citata, pagina 676. L'A., però, in un'ottica pragmatica, nota opportunamente come la giurisprudenza non concederà mai tutti questi mezzi di impugnazione, per non gravare eccessivamente di lavoro la macchina giudiziaria. Sostiene la ricorribilità per cassazione *ex* art. 111 Cost. anche C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagina 744.

Nell'evenienza in cui, invece, non siano innescati strumenti di impugnazione[695], i procedimenti di classe e rappresentativi possono andare incontro a quattro differenti modalità di chiusura. Anzitutto, ai sensi dell'art. 840-duodecies c.p.c, in presenza di spontanea ottemperanza del debitore soccombente, le somme dovute non sono distribuite direttamente tra gli aderenti, dovendo prima essere depositate in un apposto conto corrente intestato alla procedura[696]. Il rappresentante comune presenta poi "con la massima sollecitudine" il piano di riparto e il giudice delegato ordina il pagamento delle somme spettanti a ciascun aderente[697]. Infine, il rappresentante comune deposita la documentazione comprovante i

[695] Sul fatto che l'impugnazione della sentenza di merito sospenda automaticamente la fase di liquidazione *ex* art. 337 c.p.c. ovvero sulla sospensione d'ufficio, ove il giudice ritenga che l'impugnazione sia destinata ad essere accolta, A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagina 1588.

[696] Può dubitarsi senz'altro della utilità e dell'opportunità di un tale tassello processuale che aggrava una procedura già di per sé complessa e composita. A. Carratta, "*I nuovi procedimenti collettivi*" citata, pagina 2299, critica sia l'obbligatorietà di una procedura esecutiva collettiva sia il versamento delle somme, pagate spontaneamente dal soggetto condannato, sul conto corrente della procedura, in luogo della più sensata distribuzione delle stesse fra gli aderenti. Problema, peraltro, che si prospetta anche per l'esecuzione forzata, visto che gli aderenti non contestanti la liquidazione del loro risarcimento non accedono alle somme di danaro, venendo così frustrata la possibilità di un loro celere soddisfacimento. In ultima istanza, nota l'A. l'adesione alla classe, fuori dai casi di adempimento spontaneo e integrale da parte del condannato, potrebbe non essere una scelta vantaggiosa. D'altra parte, il fatto che il conto corrente sia intestato alla procedura potrebbe far propendere, con riferimento ai giudizi di cui al titolo VIII-bis del libro IV c.p.c., per la entificazione della classe, ovverosia per l'imputabilità alla stessa di diritti e obblighi. Bisogna per vero notare che suddetto meccanismo di riparto del quantum dovuto non avvalora la tesi in parola, posto che oggetto del giudizio sono sempre e comunque i diritti individuali degli aderenti. Inoltre, la ricostruzione di una plasmazione normativa di un corpo intermedio -quale è la classe- potrebbe essere avallata se il ricorrente originario, membro della classe, continuasse a svolgere un ruolo gestorio e direzionale della causa, circostanza da escludere, viste le funzioni del rappresentante comune degli aderenti A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagine 1578-1579 e 1590, e ID "*La fase di determinazione del quantum nella nuova azione di classe*" citata, pagine 2319-2320 e 2322, ritiene che la classe, a seguito della ordinanza di ammissibilità, venga a costituirsi come ente ai fini del processo e fino alla nomina del rappresentante comune degli aderenti. A sostegno di tale ricostruzione l'A. nota come l'aderente, nella fase di liquidazione del quantum, sia parte sostanziale -subisce, infatti, gli effetti della decisione- ma non in senso formale, facendo capo tale qualifica alla classe entificata. Da questo punto di vista, potendo l'aderente revocare l'adesione, poco importa il fatto che questi non abbia la legittimazione a impugnare il decreto. L'A. conclude, dunque, facendo notare come gli effetti dell'adesione non siano in realtà tutti quelli propri della domanda giudiziale –in considerazione del fatto che l'aderente non è pienamente parte del processo-, potendosi riconnettere alla predetta gli effetti di un atto stragiudiziale (primo tra tutti l'interruzione della prescrizione). In alternativa, nota l'A., potrebbe sostenersi che gli effetti della domanda, a seguito di manifestazione della volontà adesiva, si produrrebbero già nella fase di accertamento della responsabilità della parte resistente, ma solo provvisoriamente, essendo risolutivamente condizionati alla revoca della adesione e allo svolgimento della fase di liquidazione dei danni. Anche R. Fratini, "*L'adesione*" in *"Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31* a cura di Sassani, Pisa, 2019, pagina 145, sostiene che sia la classe ad essere parte del processo. R. Pardolesi, "*La classe in azione. Finalmente*" in "*Danno e responsabilità*", 3/2019, pagina 303, sostiene, invece, come la classe non sia un soggetto autonomo e distinto rispetto ai suoi componenti, trattandosi piuttosto di un coagulo delle loro posizioni giuridiche. Nello stesso senso si vedano P. Pardolesi – R. Pardolesi, "*La (azione di) classe non è acqua*" citata, pagina 326, in cui si parla di "massificazione innescata dall'attività d'impresa".

[697] Tecnicamente tale provvedimento ha la forma del decreto, posto che l'art. 840-duodecies prevede che contro tale ordine di pagamento possano presentare l'opposizione di cui all'art. 840-undecies c.p.c. il rappresentante comune, il debitore e gli avvocati di cui all'articolo 840-novies, sesto e settimo comma. Da qui l'apertura di un micro-procedimento in seno alla terza fase processuale. Ed invero, il riconoscimento del potere di impugnativa al rappresentante degli aderenti induce a considerare una valutazione di tipo sostanziale da parte del giudice delegato su tale piano di riparto o, comunque, di opportunità sulle modalità divisorie (fermo restando, però, il contenuto del precedente decreto, ormai definito e incontestabile, di condanna). Sul carattere ultroneo di tale ordine di pagamento da parte del giudice, in presenza di un adempimento spontaneo dalla parte soccombente, D. Amadei, "*L'esecuzione spontanea e coattiva degli obblighi del decreto di liquidazione di somme agli aderenti"* in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 376, dal momento che quest'ultimo avviene in base al decreto di condanna. Proprio per tale

pagamenti effettuati.

Nella ipotesi, invece, di inadempimento del decreto di condanna da parte del soccombente, si apre la via della esecuzione forzata esclusivamente collettiva[698]. Essa, infatti, può esser promossa soltanto da parte del rappresentante comune degli aderenti[699], chiamato a compiere ogni atto nell'interesse di questi ultimi, anche in seno ai giudizi di opposizione. Tuttavia, il rappresentante comune necessita della autorizzazione del giudice delegato[700] per stare in giudizio. Esclusi dalla procedura esecutiva citata sono, invece, i crediti riconosciuti in favore del rappresentante comune e degli avvocati di cui ai commi 6 e 7 dell'art. 840-novies c.p.c. Per l'espletamento della fase esecutiva, è peraltro previsto un compenso per il rappresentante comune degli aderenti, che si aggiunge a quello per l'attività svolta con riguardo alla rappresentanza delle ragioni degli aderenti prima del decreto motivato[701]. Il legislatore ha addirittura previsto che i crediti del rappresentante comune, ossia quello per l'attività di

---

ragione, l'A. critica altresì la previsione per cui il rappresentante comune è tenuto a depositare un piano di riparto, dal momento che lo stesso è già stato recepito dal precedente decreto di condanna.

[698] Posto che l'esecuzione collettiva può iniziare e proseguire nelle more del giudizio di opposizione al decreto di condanna, il divieto del giudice dell'esecuzione di procedere al riparto delle somme ricavate sino a che non si consolidi il predetto è accolto favorevolmente da C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagina 746, ciò al fine di evitare che il convenuto, risultante poi vittorioso, sia costretto a recuperare le somme previamente versate, con evidenti difficoltà dal punto di vista materiale.

[699] L'art. 840-terdecies c.p.c. statuisce infatti che "non è mai ammessa l'esecuzione forzata di tale decreto su iniziativa di soggetti diversi dal rappresentante comune". Si tratta, è ovvio, della inevitabile conseguenza del difetto di poteri di iniziativa processuale e di impugnazione in capo ai singoli aderenti.

La rappresentanza del rappresentante comune, il quale agisce in nome proprio ma nell'interesse altrui, sarebbe straordinaria; in tal senso D. Amadei, "*Nuova azione di classe*" citata, pagina 1072. P. Farina, opera citata, pagine 669-670, precisa che la procedura di esecuzione collettiva non costituisce una procedura concorsuale, dal momento che non si apre un concorso tra aderenti e altri creditori del resistente e che non tutti i beni di quest'ultimo, bensì soltanto quelli individuati dal rappresentante comune, sono assoggettati a tale procedura. Difettano, cioè, l'universalità oggettiva e soggettiva proprie di una procedura concorsuale. Il rappresentante, però, potrebbe intervenire in procedure esecutive già intraprese da altri creditori del convenuto. C. Consolo, "*La terza edizione"* citata, pagina 743, e ID, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagina 745, condivide la scelta della procedura collettiva, auspicando una generalizzazione di tale modulazione esecutiva, specialmente nei casi di *collective recovery* di crediti omogenei contro "grossi debitori" (come, ad esempio, lo Stato).

D. Amadei, "*La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*" citata, pagina 2328, mette in luce come il ricorrente, vantando una posizione autonoma rispetto a quella degli aderenti, può agire in via esecutiva individualmente. Questi ha altresì facoltà di intervenire nella procedura di esecuzione forzata collettiva avviata dal rappresentante comune, alla stregua degli altri creditori del resistente. Si tratterebbe, però, di una evenienza alquanto improbabile, visto che il ricorrente vanta un diritto di credito accertato e di un titolo esecutivo (sentenza di condanna). D. Amadei, "*L'esecuzione spontanea e coattiva degli obblighi del decreto di liquidazione di somme agli aderenti"* in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 377, nota come, a seguito del decreto di condanna (ineseguito), sarebbe stato del tutto normale consentire ai singoli aderenti di agire esecutivamente in via individuale in presenza di inadempimento della parte soccombente, circostanza, invece, ripudiata dal legislatore.

[700] Ovviamente tale autorizzazione non è richiesta per i procedimenti susseguenti all'impugnazione di provvedimenti del giudice delegato o del tribunale. P. Farina, opera citata, pagina 674, reputa che tale autorizzazione occorra altresì per la rinunzia agli atti esecutivi, l'intervento, la riassunzione dell'esecuzione sospesa e per intraprendere o resistere ad opposizioni esecutive.

[701] I criteri di determinazione di suddetto compenso, al pari di quello degli avvocati, sono scolpiti nell'art. 840-novies c.p.c., secondo un meccanismo progressivo fondato su scaglioni. Per la procedura esecutiva, però, è fissato un ammontare massimo. Il compenso dovuto al rappresentante comune è infatti liquidato dal giudice in misura non superiore a un decimo della somma ricavata.

redazione del progetto dei diritti individuali omogenei e quello per la eventuale fase esecutiva, sono assistiti da un non chiaro privilegio, nella misura del 75%, sui beni oggetto dell'esecuzione[702].

In entrambe le ipotesi, ossia nell'ipotesi di adempimento spontaneo da parte del convenuto soccombente e in quella di ripartizione del ricavato della fase esecutiva tra i singoli aderenti, chiamata impropriamente dal legislatore "fase di adesione"[703], la procedura si chiude con un decreto motivato del giudice delegato. Esso è reclamabile alla stregua di quello di cui all'art. 840-undecies e attesta il soddisfacimento integrale dei creditori, a seguito dell'attività di riparto del rappresentante comune degli aderenti. In alternativa, il giudice delegato, verosimilmente sulla base del piano di riparto predisposto dal rappresentante comune, deve dichiarare la chiusura del procedimento ove non risulti possibile il soddisfacimento delle pretese degli aderenti[704], dovendo tenere conto anche dei costi da sostenere[705]. In presenza di questa chiusa anticipata, gli aderenti recuperano il libero esercizio delle azioni nei confronti del debitore, limitatamente alla parte di credito non soddisfatta[706].

---

[702] P. Farina, opera citata, pagina 672, evidenza che si tratta di un privilegio vantato esclusivamente nei confronti degli aderenti, e non già verso altri creditori del convenuto. Ad ogni modo ci sembra si tratti di una eccessiva e non necessaria garanzia. A. D. De Santis "*Le spese e le sanzioni*" citata, pagina 366, si interroga sulla natura di tale privilegio, propendendo per qualificarlo come speciale e mobiliare; nello stesso senso ID, "*La tecnica di composizione della classe: le adesioni e i loro effetti*" in "*Class action e azione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla L. 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di U. Ruffolo, Milano, 2021, pagina 144. Anche F. Cossignani, "*Adempimento spontaneo ed esecuzione collettiva*" in *"Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31* a cura di Sassani, Pisa, 2019, pagina 194, qualifica il privilegio in parola come speciale, pur non rinvenendo una giustificazione allo stesso, tenuto conto dell'attività svolta dal rappresentante comune e dei rischi di conflitti di interessi. Ed invero, nella evenienza di incapienza del patrimonio del convenuto eventualmente soccombente, il credito del rappresentante comune finirebbe per prevalere sulle ragioni degli aderenti, i quali, peraltro, non possono in alcun modo contestare l'entità del compenso del predetto.

[703] Ed invero le fasi di adesioni sono due, distintamente collocate temporalmente in seno al procedimento di classe (e ora anche di quello rappresentativo), ovverosia a seguito della ordinanza di ammissibilità e posteriormente alla sentenza di accoglimento. La fase cui si riferisce il legislatore nell'art. 840-quienquiesdecies c.p.c., invece, è quella di accertamenti della fondatezza delle posizioni fatte valere dai singoli aderenti e della loro determinazione quantitativa.

[704] D. Amadei, "*Nuova azione di classe*" citata, pagina 1076, sottolinea come possa riscontrarsi l'ampia discrezionalità riconosciuta al giudice, fermo restando il fatto, però, che tale chiusura anticipata dovrebbe conseguire soltanto ove non risultino posizioni patrimoniali del resistente condannato da aggredire e, quindi, non esistano prospettive di recupero delle somme spettanti agli aderenti. C. Consolo, "*La terza edizione*" citata, pagina 743, ritiene che la discrezionalità del giudice sulla chiusura non satisfattiva del procedimento sia eccessiva.

[705] Probabilmente, qui, il legislatore si riferisce alle spese, che devono essere sostenute dalla parte resistente, alla esibizione probatoria e al compenso dovuto al consulente tecnico eventualmente nominato, stante la deroga alla regola processuale ordinaria tale per cui, in questo caso, è il convenuto a dover anticipare tali spese. Nell'ambito delle spese nominate, però, bisogna anche ricondurre l'onorario del rappresentante comune e il compenso premiale spettante al predetto e agli avvocati di cui ai commi 6 e 7 dell'art. 840-novies c.p.c.

[706] Per la verità, però, il legislatore non ha precisato in che modo e con quale schema processuale il credito non soddisfatto possa essere azionato. D. Dalfino, "*Azione di classe e azione collettiva inibitoria: nuovo testo (art. 840 bis ss. c.p.c.) e nuove (ma non solo) questioni"* citata, pagina 323, sottolinea l'incertezza per il soggetto convenuto sulla calcolabilità del rischio di impresa, alla luce del diritto ad agire dei singoli aderenti, dopo la chiusura della procedura di adesione, per la parte di credito non soddisfatta. Contrario al riacquisto del diritto ad agire in via individuale per il soddisfacimento del credito residuo D. Amadei, "*L'esecuzione spontanea e coattiva degli obblighi del decreto di liquidazione di somme agli aderenti"* citata, pagina 377, poiché il convenuto condannato non riesce a liberarsi della massa di controversie che lo

La scelta di assoggettare le nuove azioni rappresentative a tutela dei consumatori alla disciplina delle azioni di classe di certo lascia trasparire un intento del legislatore di riconduzione ad unità di tutti i procedimenti di matrice collettiva, benché la collocazione in seno al codice del consumo della novella normativa costituisca una retrocessione in termini di accessibilità alla tutela giurisdizionale. Ed invero, come notato già con riferimento alla direttiva del 2020, questa settorializzazione, in considerazione della natura degli illeciti plurioffensivi, capaci di ledere le persone fisiche così come le imprese, si configura come obsoleta, oltre che incapace di rispondere alla domanda di tutela giudiziale di piccole e medie imprese e di liberi professionisti. E, su questo frangente, la estensione, in sede di recepimento dell'atto normativo europeo, dell'ambito applicativo delle azioni rappresentative, sul versante soggettivo (*id est* della legittimazione ad agire[707]) e su quello oggettivo, non avrebbe in alcun modo compromesso gli standard minimi di tutela giudiziale né, tantomeno, i principi di effettività ed equivalenza.

E, proprio per tale ragione, non può non deprecarsi la decisione di frammentare tra diversi plessi normativi la regolazione della tutela giurisdizionale collettiva, per quanto la stessa possa prestarsi a diverse modulazioni applicative[708]. Ciò che trasparire è imprecisione e incompetenza sul piano giuridico. Pertanto, specie alla luce delle perplessità sopra evidenziate con riguardo al ruolo del rappresentante comune degli aderenti e della, persistente, deprivazione di poteri di iniziativa processuale per gli, la giurisprudenza sarà chiamata a sciogliere molteplici dubbi.

coinvolgono, venendo così negata la funzione ultima della azione di classe. A. Amadei, "*L'esecuzione spontanea e coattiva degli obblighi del decreto di liquidazione di somme agli aderenti"* in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 387, reputa addirittura che l'azione individuale sia riconosciuta al singolo aderente integralmente soddisfatto, ove questi pretenda una somma ulteriore rispetto a quella riconosciutagli. Prescindiamo dalla evidente compromissione della posizione patrimoniale del convenuto condannato, ulteriormente esposta ad una pletora di pretese individuali che dovrebbero, invece, considerarsi tacitate, nonché della scarsa probabilità che un tale (ipotetico) diritto venga concretamente perseguito, visti i costi di un giudizio individuale. Ad ogni modo, l'adesione alla azione di classe e il non aver revocato la predetta implicano l'accettazione, conformemente alla ratio dell'istituto, di una liquidazione dei danni standardizzata da intendersi come irretrattabile, di certo inferiore rispetto a quella conseguibile *uti singuli*, ma, al contempo, assistita da maggiori certezza e celerità.

[707] Riteniamo che quanto sostenuto da E. Ferrante, "*Diritti soggettivi e processo di massa*" citata, pagina 72, sulla circostanza per cui le limitazioni all'ambito di applicazione dell'istituto di tutela aggregata siano sintomo di una volontà legislativa incerta e preoccupata delle ricadute negative che lo stesso può avere, seppur riferite alla disciplina abrogata delle azioni di classe, risulti ancora oggi molto attuale.

[708] Più ragionevole, sensata e logica la scelta dei legislatori tedesco e spagnolo, di ricomprendere la disciplina delle azioni seriali in un unico testo normativo.

3.4 L'ordine di esibizione delle prove.

In considerazione della dimensione soggettiva esclusivamente consumeristica impressa all'istituto delle azioni rappresentative, non può che appalesarsi il fenomeno della asimmetria informativa. Lo strumento dell'esibizione di elementi e di categorie di prova si presta, quindi, a rappresentare un fattore cruciale per queste iniziative giudiziarie aggregate. Su questo frangente, il legislatore italiano non è stato in concreto chiamato a effettuare alcuno sforzo di regolamentazione[709], posto il piano rinvio all'istituto dell'art. 840-quinquies c.p.c., fortemente debitore dell'art. 3 del d.lgs. 3/2017 in materia di azioni risarcitorie antitrust[710]. Pertanto, salvo qualche lieve dissomiglianza[711], l'ordine di esibire le prove[712] trova uniforme disciplina nel settore del diritto della concorrenza e nei due interstizi ordinamentali dedicati alla tutela aggregata[713].

Anzitutto, bisogna evidenziare come lo strumento processuale in esame sia attivabile soltanto su richiesta di parte, al fine di reperire prove afferenti all'illecito denunziato in giudizio. È altamente improbabile, infatti, che esse si trovino nella disponibilità del ricorrente o,

[709] E, aggiungiamo, fortunatamente sussisteva un chiaro punto di riferimento normativo, altrimenti si sarebbe prospettato il rischio di una trasposizione acritica del disposto, irragionevole e illogico -poiché in netta contraddizione con le finalità dell'istituto in parola-, dell'art. 18 della direttiva. E. Camilleri, "*L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Il rilievo delle decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali. Spunti all'arret Repsol"* citata*,* pagine 450-452, ritiene che lo strumento di esibizione previsto dal decreto del 2023 sia piuttosto equilibrato e capace di agevolare l'accesso alle prove in misura maggiore rispetto a quanto previsto dalla direttiva, non essendo richiesto di fornire una *semiplena probatio* (ossia di fornire prove ragionevolmente disponibili sufficienti per supportare una azione rappresentativa), nonché in continuità con l'istituto di matrice antitrust e con quello della *discovery* industriale di cui all'art. 121 c.p.i, fatta eccezione per la mancata previsione della possibilità di emettere l'ordine di esibizione anche verso il terzo.

[710] Da questo punto di vista, il diritto della concorrenza, e segnatamente il *private enforcemen*t, costituisce l'archetipo di una tutela giurisdizionale effettiva e recettiva delle istanza di protezione promananti da soggetti danneggiati da condotte plurioffensive. La mancata inclusione del diritto antitrust in senso all'Allegato II-septies, dunque, lo si ribadisce, non può che costituire un errore marchiano, specialmente se si considera che le disposizioni del decreto del 2017 vengono espressamente citate e fatte salve dal decreto del 2023 (art. 140-septies comma 7).

[711] A differenza di quanto avviene in materia antitrust, ad esempio, l'ordine di esibizione non è direzionabile nei confronti di un terzo. Al riguardo, A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagina 1585, considera comunque applicabili le disposizioni processuali generali e, quindi, anche il terzo può essere destinatario del provvedimento in parola.

[712] P. Farina, opera citata, pagine 660-661, rintraccia nella ratio dell'istituto una deroga al principio dell'onere della prova di cui all'art. 2692 c.c., con la valorizzazione del principio della vicinanza della prova.

[713] Peraltro la Corte di Cassazione (Cass., 4 giugno 2015, n. 11564), anteriormente a qualsivoglia intervento legislativo sul punto, si è mostrata conscia del fenomeno di asimmetria informativa e ha propugnato una interpretazione estensiva delle norme processuali civili riguardanti la consulenza tecnica, la esibizione dei documenti e la richiesta di informazioni. Quella prospettata dalla Suprema Corte è una interpretazione evolutiva di istituti già presenti nel nostro ordinamento giuridico, al fine di intercettare le precipue esigenze nelle azioni risarcitorie in materia antitrust. M. De Cristofaro, "*Il private enforcement antitrust e il ruolo centrale della disciplina processuale" in"Int'l Liss"*, 2015, pagina 131, parla di "curvatura proattiva… dei tradizionali istituti processuali". Ad oggi, con l'evoluzione normativa a livello europeo e, di riflesso, nazionale, nel contesto di un concreto interesse verso la regolamentazione di forme di tutela collettiva, si assiste all'approntamento di agevolazioni processuali, non più operanti soltanto nelle cause civili antitrust.

comunque, che siano di agevole reperimento[714]. L'introduzione dell'istituto dell'ordine di esibizione può essere considerata come un fattore di innovazione della classica conformazione dell'atto introduttivo di un giudizio. Quest'ultimo cioè assumerebbe i connotati di un atto processuale aperto[715], da integrare attraverso una *actio ad exibendum*. E del resto, l'accesso effettivo alla giustizia sarebbe in concreto compromesso e frustrato da un obbligo di indicare precisamente nella domanda giudiziale ogni elemento della pretesa risarcitoria, alla luce della summenzionata asimmetria informativa. Conseguentemente, si pongono le basi per un maggiore indulgenzialismo dei magistrati al momento dell'esame dei requisiti richiesti dalla legge con riferimento al contenuto dell'atto introduttivo[716] e, in punto di azioni rappresentative e di classe, di ammissibilità.

Ed invero, ai fini della valutazione della manifesta infondatezza[717] -giudizio che, inevitabilmente lambisce, seppur superficialmente, il merito della domanda-, il tribunale dovrà considerare l'influenza che le prove di cui il ricorrente si accinge a chiedere l'esibizione possono avere in sede di accertamento.

Prendendo ora in considerazione i requisiti della richiesta di esibizione, la stessa deve essere motivata e indicare fatti e prove che ragionevolmente si trovano nella disponibilità della

[714] Per la verità, però, suddetta considerazione riguarda maggiormente gli illeciti extracontrattuali e i rapporti contrattuali istantanei, posto che, in presenza di una relazione business to consumer di durata è maggiormente verosimile che talune prove documentali (*id est* il contratto stesso, una ricevuta) siano conservate dal soggetto danneggiato o asseritamente tale.

[715] Si esprimono in tal senso, con riferimento alle azioni risarcitorie antitrust, ma si tratta di considerazioni riferibili anche al disposto dell'art. 840-quinquies c.p.c., A. Zana, "*La tutela antitrust nel private enforcement: profili processuali"* in *"Il private antitrust enforcement nelle Corti milanesi: una prospettiva europea"* a cura di M. Codinanzi, J. Alberti, F. Croci, 2020, pagina 30, e M. De Cristofaro "*Innovazioni e prospettiva nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement"* in "*NLCC*", 2018, pagina 549.

[716] Senonché si prospetta il rischio che una tale apertura dell'atto introduttivo non venga a crearsi a causa della conformazione dell'attività istruttoria del rito semplificato, ancorata alla ritenuta sussistenza da parte del giudice di un giustificato motivo per l'attribuzione alle parti dei termini processuali, perentori, previsti dalla legge. Se, invece, il legislatore avesse evitato un accumulo di attività istruttorie e argomentative (peraltro, come notato *supra*, con potenziali limitazioni del diritto di difesa e del contraddittorio delle parti), sarebbe stato possibile immaginare la delimitazione della *causa petendi* in modo concretamente progressivo e graduale fino alla udienza di trattazione *ex* art. 183 del c.p.c. Per scongiurare abusi e futili lungaggini processuali, sarebbe necessario che l'impossibilità di declinare le componenti fondanti il diritto al risarcimento sia effettiva, risultando sul punto rilevante la prova contraria offerta, ad esempio, dalla controparte. Scenario, quest'ultimo che avrebbe peraltro potuto trovare concretizzazione se, per la disciplina delle azioni rappresentative, si fosse mantenuta la discrezionalità del giudice in punto di gestione del procedimento tutto. Del resto, fermo restando il fatto che la stessa giurisprudenza era costante nel ritenere come flessibilità e malleabilità della conformazione processuale non equivalessero a sommarietà di accertamento, preme ribadire come attribuire al giudice un margine di decisione sulla conduzione di controversie altamente complesse, quali quelle rappresentative, in punto di fatto e di questioni giuridiche, non avrebbe comportato alcuna lesione del diritto di difesa per gli attori processuali. Imbrigliare il giudice all'interno di un perimetro potenzialmente asfittico predeterminato dalla legge, invece, potrebbe minare la riuscita dell'accertamento giudiziale (e, in ultima istanza, alla effettività dell'istituto in esame).

[717] G. Gerardo, opera citata, pagina 10, parla di prognosi *in iure*, la cui ratio è riconducibile all'impiego ragionevole delle risorse degli uffici giudiziari, posto che l'azione di classe mette in moto un ampio apparato organizzativo.

controparte[718]. Notiamo subito una imprecisione terminologica, ripetuta dal legislatore in tre plessi normativi, dal momento che oggetto di produzione, volontaria o coattiva, possono soltanto essere elementi probatori e non già fatti[719]. Questi ultimi, infatti, costituendo l'oggetto del giudizio, devono essere enucleati nell'atto introduttivo e nella comparsa di risposta del convenuto. Un ostacolo per il richiedente potrebbe essere costituito dalla necessità di provare che l'oggetto della domanda di esibizione si trovi nella disponibilità altrui. Al riguardo, riteniamo possibile il ricorso a indizi gravi, precisi e concordanti ai sensi dell'art. 2729 del codice civile[720]. Gli elementi che l'*actio ad exibendum* si propone di acquisire, a seguito di un ordine giudiziale, devono essere sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda compensativa[721]. A tale proposito, a differenza di quanto contemplato dal decreto legislativo del 2017[722], l'art. 840-quinquies c.p.c. e, di riflesso, l'art. 140-octies, comma 3, non prevedono la facoltà di accesso a tale strumento di ricerca e acquisizione di prova a favore della parte resistente[723]. Ciononostante, si potebbe, proprio in virtù del principio della parità

[718] A. Menegalli, opera citata, pagine 2312-2313, sottolinea al riguardo la distanza dell'istituto in parola rispetto alla *discovery* statunitense e del diritto inglese. Ed invero negli USA la *disclosure* di prove costituisce una fase procedimentale in cui le parti hanno l'obbligo di presentare un elenco di documenti a carico o a favore della propria pretesa e, quindi, non un semplice mezzo istruttorio. Peraltro, sulle parti grava un obbligo di verità e trasparenza la cui inottemperanza comporta sanzioni penali.

[719] R. Bonatti, "*Esibizione delle prove presso la controparte o terzo e sanzioni per violazione della disciplina delle prove*" in "*Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n.3/2017*" a cura di P. Manzini, Giappichelli, Torino, 2017, pagina 20, con riferimento al diritto della concorrenza, ma, stante l'invarianza delle formulazioni legislative del codice di rito e, adesso, del codice del consumo, le considerazioni afferenti al primo riteniamo siano trasponibili negli altri due ambiti giuridici presi in esame.

[720] Del resto, se così non fosse, cioè si richiedesse una prova di suddetta disponibilità non meramente presuntiva, l'istituto in parola verrebbe deprivato di ogni utilità.

[721] Termine qui utilizzato per ricomprende ogni tipo di rimedio richiedibile diverso da quello inibitorio, come previsto per le azioni rappresentative e, seppur solo formalmente -posto che il rimedio restitutorio viene citato dalla relativa disciplina, ma non è regolamentato-, per le azioni di classe.

[722] Qui, infatti, posto che in materia antitrust legittimazione attiva e passiva possono far capo a imprese, il nostro legislatore ha riconosciuto anche a chi è convenuto in giudizio la facoltà di promuovere una domanda di ordine di esibizione, in ossequio al principio della parità delle parti e delle armi. A. D. De Santis, "*Le spese e le sanzioni*" citata, pagina 368, mette in luce un'altra lacuna dell'art. 840-quinquies c.p.c. rispetto all'istituto del diritto antitrust, posto che, illogicamente, non è prevista la possibilità di direzionare l'ordine di esibizione nei confronti di un terzo.

[723] In tal senso, E. Fanesi, opera citata, pagina 8, il quale sottolinea il generale *favor* nei confronti del ricorrente, come dimostra anche la previsione di una sanzione amministrativa per inosservanza dell'ordine esibitorio. Favore, che a detta dell'A., rischia di essere eccessivo, in quanto in tensione con il principio della parità delle armi, se si considera la facoltà di aderire post sentenza di accoglimento. A. Menegalli, "*La fase istruttoria nella nuova azione di classe*" citata, pagina 2312, esclude che sia integrata una lesione del principio della parità delle armi, dal momento che il convenuto può pur sempre avanzare richiesta di esibizione di prove ai sensi dell'art. 210 c.p.c. La posizione dell'A. pare convincente soprattutto perché l'esibizione di prove si atteggia non soltanto a mezzo di acquisizione di prove, ma anche a strumento di indagine, capace di riequilibrare la asimmetria informativa tra gli attori processuali. Ciò sarebbe confermato, a detta dell'A., dal riferimento alla esibizione di "fatti" e non solo di prove, da intendersi quali fatti secondari, rimanendo, dunque, ferma la fattispecie scolpita nella domanda introduttiva. Pur essendo configurabile quale mezzo di indagine, seppure in senso lato, stante l'impossibilità, in concreto, che siano soddisfatte richieste meramente esplorative, il riferimento ai fatti è da considerarsi quale imprecisione, dovendo gli stessi essere allegati, sulla base del principio della domanda, dall'istante. E inoltre, la indagine sui fatti, ancorché ancillari a quelli dedotti dalle parti, è configurabile attraverso la CTU percipiente e non già mediante l'istituto esibitivo.

delle armi delle parti in giudizio, riconoscere suddetta facoltà processuale anche al resistente. E tuttavia una tale lacuna non ci sembra concretamente lesiva del diritto di difesa di quest'ultimo, quantomeno con riferimento alle azioni rappresentative di nuovo conio. Ed invero, stante il monopolio applicativo derivante dalla qualificazione consumeristica, è altamente inverosimile che un operatore economico professionale sia sprovvisto di prove documentali, trovantisi invece nella disponibilità di consumatori ovvero di enti rappresentativi senza scopo di lucro[724]. L'impiego del termine "plausibilità" innesta un parallelismo con lo scrutinio del *fumus boni iuris* in sede cautelare[725]. L'analisi cui è chiamato il giudice, dunque, è epidermica e prognostica. Inoltre, è praticamente inevitabile l'accoglimento di una domanda di esibizione probatoria nell'ipotesi in cui l'azione civile sia susseguente all'accertamento di un illecito da parte delle autorità amministrative indipendenti (azione *follow-on* o di seguito)[726].

La dottrina[727] si è interrogata sulla portata della disposizione normativa in esame, dal momento che la sua formulazione potrebbe indurre a riconnettere la valutazione di plausibilità dell'istanza a prove già prodotte[728] ovvero a quelle di cui si chiede l'esibizione[729]. Più

[724] Di contro, si prospetta il dubbio sulla vulnerazione del diritto di difesa del soggetto convenuto in un giudizio di classe, in considerazione del generalizzato ambito applicativo dell'istituto in parola, da cui discende la configurabilità di una controversia di classe che vede contrapposte due o più imprese. Ed invero, a prescindere dal diverso potere di queste ultime, si potrebbe porre in tal caso anche per la parte resistente, al fine di corroborare la propria difesa, l'esigenza di reperire prove nella disponibilità del ricorrente.

[725] Sul fatto che la plausibilità implichi una valutazione sul *fumus* della domanda G. Finocchiaro, "*La disciplina dell'esibizione delle prove ei giudizi risarcitori per violazione delle norme antitrust in attuazione della dir. 2014/104/UE*" in "*NLCC*", 2/2018, pagina 432. e P. Comoglio, "*Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*" in "*Riv. Dir. e proc. civ*.", 2017, pagina 999. *Contra* A. Menegalli, opera citata, pagina 2313, per il quale la cognizione del giudice non può essere sommaria, anche perché il vaglio di ammissibilità è già stato superato, e, ad ogni modo, si tratta di un mezzo istruttorio, la cui ammissibilità si basa su una valutazione, da parte del giudice, in punto di rilevanza e utilità delle prove oggetto della richiesta. La posizione dell'A., però, non convince pienamente, posto che lo stesso finisce comunque per richiamare la valutazione prognostica, definendo l'istituto della esibizione quale mezzo di prova "bifronte", in parte precostituita (in punto di prova oggetto della istanza) e in parte costituenda (visto il procedimento di acquisizione delle prove precostituite). Sul fatto che la istanza di esibizione non implichi un giudizio sommario della domanda e sul suo *fumus,* quanto piuttosto una valutazione di ragionevole credibilità della stessa E. Camilleri, "*L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio",*pagina 453.

[726] Con riferimento alle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza, R. Bonatti, opera citata, pagina 24, e G. Finocchiaro, *"La disciplina dell'esibizione delle prove nei giudizi risarcitori per violazione delle norme antitrust in attuazione della Dir. 2014/104/UE*" in "*NLCC"*, 2018, pagina 434. E. Camilleri, "*L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio."* citata, pagine 453-454, parla a tale proposito di "ipervincolo", dal momento che una decisone amministrativa definitiva consente la formulazione di una istanza esibitiva particolarmente dettagliata e selettiva, a differenza di quanto accade verosimilmente in seno alle azioni stand alone, ove il richiedente ha certamente maggiori difficoltà nell'indirizzare la richiesta di esibizione. Di qui, l'opportunità di prevedere un ordine di esibizione d'ufficio.

[727] P. Comoglio, *"Note a una prima lettura del d.lgs n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antirust" in "Riv. Tri. Dir. Proc. civ.",* 2017, pagina 999.

[728] E, in un certo senso, questa è stata la scelta del legislatore europeo del 2020, considerato l'irrealistico e critico -poiché slegato dagli elementi di prova di cui si richiede l'esibizione- onere probatorio che deve essere soddisfatto dal richiedente.

[729] Opinione sposata da G. Finocchiaro, ultima opera citata, pagina 434 e seguenti.

verosimile appare questa ultima soluzione, soprattutto in considerazione dei poteri-doveri del giudice. L'autorità giudiziaria, cioè, sulla base della coerenza insita nell'atto introduttivo e nella richiesta di ordine di esibizione, dovrebbe pronosticare l'incidenza sul proprio convincimento di elementi probatori che non si trovano nella disponibilità dell'attore[730]. Tuttavia, imprescindibile è la cura con cui devono essere edificate le fondamenta della richiesta di esibizione. La esigua fondatezza *prima facie* e la genericità, oltre a poter condurre l'azione rappresentativa o di classe ad una ordinanza di inammissibilità, sono, infatti, sintomi di finalità esplorativa che non possono trovare asilo nell'ordinamento giuridico[731].

Il giudice adito, ove convinto della opportunità dell'acquisizione probatoria, è tenuto a individuare in modo specifico e circoscritto gli elementi di prova o le categorie di prova[732] oggetto della richiesta istruttoria. L'autorità giudiziaria, dunque, oltre ad una valutazione pronostica sull'incidenza che suddetti elementi possono esplicare sul proprio convincimento, è chiamata a svolgere una attività di cesello[733]. Il legislatore, infatti, ha attribuito al giudice il delicato compito delimitare la portata oggettiva dell'ordine di esibizione[734] secondo il principio di proporzionalità. Più precisamente, si devono considerare l'attitudine probatoria degli elementi non trovantisi nella disponibilità dell'istante, i costi della produzione coattiva, l'eventuale presenza di informazioni riservate. In concreto, si nota un margine di significativa discrezionalità valutativa dell'organo giudicante, ai fini di un bilanciamento casistico di

[730] Argomentare in senso contrario, implicherebbe non considerare le fisiologiche difficoltà dei promotori di iniziative giudiziarie, siano esse individuali o seriali, nel reperire informazioni e documenti utili all'azione.

[731] Si tratta delle cosiddette *fishing expeditions*, non consentite dall'istituto dell'art. 210 del codice di procedura civile in combinato disposto con l'art. 94 delle disposizioni attuative. Il difetto di ragionevolezza dell'istanza, quindi, condurrà inevitabilmente a una pronuncia di rigetto della stessa, dal momento l'istituto di esibizione in parola si presta più facilmente ad abusi volti a carpire informazioni riservate con finalità estranee al giudizio.

[732] A. Menegalli, opera citata, pagina 2314, mette in luce come l'espressione "categorie di prova" attribuisca una significativa discrezionalità al giudice nella definizione del contenuto dell'ordine. E suddetta facoltà ci sembra quasi in contrasto con il compito dell'autorità giudiziaria di determinare in modo circoscritto l'oggetto del provvedimento o, comunque, potrebbe essere un fattore che rende particolarmente complessa tale definizione contenutistica.

[733] R. Bonatti, opera citata, pagina 26, ritiene che l'attributo della specificità debba riferirsi sia alla istanza di parte sia all'ordine di esibizione del giudice. Tale tesi è sprovvista di un appiglio nella lettera della legge, la quale si limita ad asserire che la richiesta deve essere motivata e deve indicare prove che ragionevolmente si trovano nella disponibilità della controparte. Inoltre, si finirebbe per restringere eccessivamente le vie applicative dell'istituito in parola. Ed invero alla indicazione della parte richiedente non è collegato alcun aggettivo idoneo a conferire a quest'ultimo un campo di azione ristretto. Inoltre, l'impiego dell'avverbio ragionevolmente induce a ritenere che l'allegazione di parte non debba essere particolarmente dettagliata. Possiamo dunque concludere per il carattere non specifico del contenuto della richiesta; sul fatto che la stessa non debba indicare precisamente i documenti né offrire la prova della loro esistenza A. Menegalli, opera citata pagina 2313. E. Camilleri, "*L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio."* citata, pagina 454, pur escludendo il fatto che il giudice possa sostituirsi alla attività dell'istante nell'elaborazione della richiesta di esibizione, considera plausibile un ausilio della autorità giudiziaria nella delimitazione contenutistica della predetta istanza.

[734] P. Comoglio, opera citata pagina 1001, ritiene che il legislatore abbia addossato agli operatori del diritto il compito di definire le condizioni del nuovo istituto, lasciando così margini di incertezza applicativa dello stesso.

contrapposte esigenze. Se da una parte, difatti, è inevitabile che siano presi in considerazione gli effetti dell'ordine giudiziale, capaci di corroborare la pretesa attorea, d'altra parte è pregnante il riferimento ai costi, i quali sono a carico del destinatario dell'ordine di esibizione[735], dal momento che in concreto è il giudice a precisare cosa deve essere prodotto. Tra l'altro, nell'alveo della esibizione probatoria di cui all'art. 210 c.p.c. le spese sono soltanto eventuali. L'istituto in esame, al contrario, comporta inevitabilmente l'impiego di risorse, più o meno ingenti, per la ricerca del materiale rilevante per la causa[736].

Fondamentale, poi, il richiamo alla tutela della riservatezza, allo scopo di espungere qualsivoglia intento esplorativo dalle richieste di esibizione. A tale riguardo, l'art. 840-quinquies c.p.c. declina alcune misure che il giudice può adottare per salvaguardare informazioni riservate, per tali intendendosi segreti commerciali, *know-how*, liste di clienti[737]. Codeste cautele, dunque, sono preposte a scongiurare ipotesi di sottrazione di segreti industriali mediante l'esercizio di una facoltà processuale riconosciuta dalla legge. E questa esigenza di tutela della riservatezza si pone massimamente con riferimento alle azioni di classe, posto che a richiedere l'ordine di esibizione potrebbe essere una impresa in rapporto

[735] Costi che, mente dell'art. 210 del c.p.c., invece, devono essere anticipati dal richiedente. Il *favor* del legislatore nei confronti del ricorrente si nota proprio con riferimento a tale anticipazione delle spese e alla disciplina dell'ordine di esibizione delle prove; in tal senso M. Franzoni, "*Azione di classe, profili sostanziali*" in "*Danno e responsabilità*", 3/2019, pagina 310. A. Saija, "*La distinzione tra public e private enforcement del diritto antitrust*" citata, pagina 130, prospetta il rischio della eccessiva onerosità per il destinatario dell'ordine di esibizione e un dubbio di compatibilità dell'istituto in parola con il principio della parità delle armi nello svolgimento del giudizio, dal momento che l'istituto è, a differenza di quanto previsto dal d.lgs. 3/2017, una prerogativa del solo ricorrente.

[736]G. Finocchiaro, opera citata, pagina 440, ad esempio nota come, soprattutto in imprese di grandi dimensioni, oltre al tempo profuso nella ricerca di elementi oggetto di un ordine di esibizione, rilevi l'impiego di forza lavoro, la quale verrà verosimilmente distolta dall'esercizio delle attività cui è normalmente preposta.

[737] Anche se, proprio le liste dei clienti-consumatori, potrebbero essere oggetto della richiesta di esibizione probatorio, al fine di delimitare la portata soggettiva di un illecito di massa e, quindi, di individuare nel corso del giudizio ulteriori soggetti potenzialmente danneggiati. Sul fatto che l'esibizione potrebbe riguardare tali liste A. C. Di Landro, "*Ospitalità ed omogeneità nella nuova azione di classe. Nuove prospettive di riflessione"* citata, pagina 1271. *Contra* C. Consolo, "*La terza edizione"* citata, pagina 740, a meno che, a detta dell'A., non si riconduca la dimostrazione della latitudine soggettiva dell'illecito alla dimensione dell'evento dannoso. Riteniamo che le liste clienti potrebbero in realtà rientrare proprio nella dimensione della estensione del danno, e quindi afferire all'ambito dei soggetti danneggiati. C. Biasior, opera citata, pagina 151, propone un obbligo di *disclosure* in capo all'impresa convenuta al fine di individuare i componenti della classe, ovverosia i consumatori-clienti, ed effettuare delle comunicazioni personalizzate per incentivare le adesioni. Malavasi – G. Ricciardi, "*La nuova class action: analisi delle principali disposizioni*" reperibile sul sito db approfondimenti, pagina 33, escludono che le liste della clientela possano essere oggetto dell'ordine di esibizione per ragioni di tutlea della riservatezza dei soggetti terzi rispetto al processo e per evitare che il ricorrente, durante la causa, compia "campagne di marketing", visto che la legge prevede già uin sistema penalizzante con riferimento all'immagine del resistente. Su tale ultimo rilievo va notato che il sistema di pubblicizzazione della azione di classe non è di certo penalizzante per la parte convenuta. Considerato il sistema adesivo di opt-in, infatti, non si comprende perché non dovrebbe essere permesso al ricorrente di stimolare le adesioni di soggetti potenzialmente danneggiati, così da ampliare le dimensioni della classe. In relazione, invece, alla salvaguardia della riservatezza dei soggetti terzi, riteniamo che questi ultimi potrebbero esserlo involontariamente, perché ignani della iniziativa collettiva. Ad ogni modo, la tutela della riservatezza andrebbe in questi casi bilanciata con il diritto ad agire in giudizio, che si manifesta anche nella formulazione di richieste di esibizione probatoria.

di concorrenza, anche solo potenziale, con quella convenuta in giudizio. E, stante l'ammissibilità del finanziamento del terzo per le azioni rappresentative, anche con riferimento a queste ultime si prospetta l'esigenza di scongiurare un abuso dell'istituto in chiave esplorativa. Pertanto, l'organo giudicante può: oscurare parti riservate della documentazione esibita[738]; disporre audizioni a porte chiuse; limitare il numero di soggetti ammessi alla visione delle prove[739]; imporre un obbligo di segreto in capo alle parti. Probabilmente, il provvedimento più congruo e capace di soppesare adeguatamente le opposte esigenze di acquisizione probatoria e riservatezza è costituito dal conferimento a un esperto dell'incarico di redigere una sinossi del contenuto dei documenti che devono essere esibiti. In questo modo sarebbe possibile estrapolare il contenuto di documentazione utile a fini probatori, preservando informazioni sensibili dal punto di vista commerciale e finanziario e travalicando i limiti dell'esame contabile *ex* art. 198 del c.p.c.[740] Alla luce del quadro sopra tratteggiato, è evidente il ruolo centrale ricoperto dai magistrati, i quali sono chiamati a svolgere un compito che, secondo il tradizionale impianto del processo civile italiano, spetterebbe alle parti. Risulta, di conseguenza, illogica la scelta legislativa di non contemplare espressamente il potere di ordinare l'esibizione d'ufficio, specialmente con riferimento alle neointrodotte azioni rappresentative[741], vista la matrice delle stesse, connessa alla protezione di parti deboli delle relazioni commerciali e giuridiche[742].

---

[738] Ipotesi, questa, riconducibile alla esibizione di estratti dei documenti.

[739] Tale misura si scontra palesemente con il principio del contradditorio. Il confronto dialettico, infatti, non può essere garantito soltanto in favore di talune delle parti. Si pensi ai casi di litisconsorzio passivo: secondo *la ratio legis*, la documentazione prodotta da uno dei convenuti contenente informazioni riservate sarebbe inaccessibile per il corresponsabile chiamato in giudizio, il quale non avrebbe di conseguenza modo per imbastire utilmente la propria difesa. Critica in tal senso S. Vincre, "*La Direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile"* citata, pagina 1161. *Contra* A. Menegalli, opera citata, pagina 2315, secondo il quale si tratterebbe soltanto di precauzioni in sede di selezione ed estrazione delle prove.

[740] Tale norma, infatti, prevede la possibilità per il consulente tecnico di esaminare documenti non prodotti in causa, ma ne subordina la menzione nel processo verbale ovvero nella relazione al consenso di tutte le parti.

[741] E. Camilleri, "*L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Il rilievo delle decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali. Spunti all'arret Repsol*" citata, pagina 451, critica il monopolio delle parti nella richiesta della esibizione delle prove, posto che la asimmetria informativa non si concretizza soltanto nella impossibilità di reperire le prove, ma anche nella difficoltà di conoscere come e sulla base di quali elementi edificare una pretesa giudiziale.

[742] E, proprio con riferimento a queste ultime, sarebbe stato ragionevole predisporre un ordine di esibizione d'ufficio. Quest'ultimo, poi, sarebbe propizio soprattutto nelle azioni *stand alone* (ovverosia quelle iniziative giudiziarie incardinate a prescindere da un previo accertamento in sede amministrativa con riferimento a illeciti plurilesivi), specie in considerazione della conclamata asimmetria informativa e della complessità giuridica non solo per il reperimento delle prove, ma anche della ricostruzione causale di condotte illecite extracontrattuali. Da questo punto di vista, sarebbe stato opportuno concretizzare il monito della Corte di legittimità e approntare uno spazio di azione per un consulente tecnico nominato dal giudice preposto alla ricerca di elementi di prova, e non già soltanto per la valutazione dei fatti addotti dalle parti (il riferimento è a Cass., 4 giugno 2015, n. 11564). A quest'ultimo proposito M. De Cristofaro, "*Il private enforcement antitrust ed il ruolo centrale della disciplina processuale" in "Intl'l Lis"* 2015, pagina 131, prospetta il

L'ordine di esibizione è atto a realizzare una produzione coattiva di elementi di prova e, dal momento che essi devono già trovarsi nella disponibilità dei soggetti destinatari dell'*actio ad exibendum,* non può che trattarsi di prove precostituiste[743]. Può essere ordinata, pertanto, l'esibizione di documenti, in formato cartaceo o digitale, contenenti scritture contabili, circolari intraziendali, comunicazioni con altri imprenditori, liste dei clienti, piani operativi e pubblicitari[744]. Tra l'altro, a meno che non si appalesino necessità di tutela della riservatezza di cui *supra*[745], la esibizione attiene all'integralità del documento, e non soltanto ad estratti. Una volta accertata la capacità dell'oggetto dell'*actio ad exibendum* a rendere plausibile e potenzialmente fondata la pretesa risarcitoria e/o compensativa, il giudice adito ordina la produzione in giudizio di prove e di categorie di prove. Di queste ultime il legislatore non fornisce una definizione[746] -pur avendo avuto ben tre occasioni per farlo- e si limita a indicare che sono individuabili "mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi come la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l'oggetto o il contenuto degli elementi di prova di cui è richiesta l'esibizione e che rientrano nella stessa categoria"[747]. Riteniamo che il decreto legislativo di attuazione della Direttiva del 104/2014, prima, e la legge n. 31/2019, in seguito, avrebbero potuto contenere un maggiore sforzo

superamento dell'orientamento giurisprudenziale che limita il potere di accertamento del CTU a fatti secondari, incombendo l'onere di allegazione di quelli principali sulle parti. Auspica un maggiore ricorso alla consulenza tecnica percipiente, posto che spesso la prova di un fatto potrebbe implicare l'accesso a conoscenze specialistiche, A. D. De Santis, "*Il procedimento*" citata, pagina 353, e ID "*La trattazione, l'istruzione e la decisione*" in "*Class action e azione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla L. 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di U. Ruffolo, Milano, 2021, pagina 167. E riteniamo il monito della Cassazione, ancorché riferito al diritto antitrust, valevole per le azioni rappresentative e di classe, per la complessità degli accertamenti fattuali e giuridici e per la generalizzazione del valore processuale di decisioni definitive di autorità amministratore indipendenti. Generalizzazione, si precisa, sprovvista di una apposita disposizione recettiva nel decreto.

[743] Critico sulla genericità del dettato legislativo A. Menegalli, opera citata, pagina 2313, secondo cui il legislatore avrebbe potuto meglio esplicitare il concetto di prova precostituita.

[744] Elementi, questi, utili a ricostruire la assertata condotta illecita servendosi di informazioni inerenti ai ricavi e ai costi dell'attività di chi è convenuto in giudizio.

[745] Afferisce alla tutela della riservatezza anche il comma 10 dell'art. 840-quinquie c.p.c., attinente alla riservatezza delle comunicazioni tra avvocati incaricati della difesa di parte e il cliente. Il privilegio legale, in teoria, alla luce della lettera della legge, non si estende ai rapporti con i consulenti d'impresa né ai legali interni alle imprese (*in-house lawyers*). *Contra* G. Finocchiaro, ultima opera citata, pagina 448. La posizione dell'Autore, però, non risulta del tutto convincente alla luce dell'art. 840-quinquies del codice di procedura civile, il quale, limitando esplicitamente l'operatività del privilegio legale alle sole comunicazioni tra gli avvocati incaricati di assistere la parte e il cliente stesso, riconferma così la scelta del legislatore del 2017. Conseguentemente, per contrastare un ordine di esibizione, la parte destinataria può opporre il segreto professionale, anche con riferimento a rapporti di assistenza pregressi ed esauriti. La esclusione dell'operatività del privilegio legale è, però, stigmatizzata da parte della dottrina, poiché depotenzia la rilevanza della consulenza legale interna, così I. De Angelis, "*Il private enforcement nella prospettiva dell'in-house counsel, tra norme italiane ed europee"* in "*Il private antitrust enforcement nelle Corti milanesi: una prospettiva europea*" a cura di M. Codinanzi, J. Alberti, F. Croci in "*Rivista.eurojus.it*", 2020, pagina 45.

[746] Nella Relazione illustrativa al d.lgs. 3/2017, pagina 6, si rinviene soltanto la statuizione, per vero ariosa, secondo cui la categoria di prova è una estensione adeguatamente circoscritta e rilevante di elementi di prova sussumibili nella stessa.

[747] In termini l'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 3 del 2017.

definitorio[748], soprattutto in considerazione del fatto che la soprarichiamata formulazione normativa altro non è che la fedele trasposizione del considerando n. 16 della Direttiva[749]. Ad ogni modo, i criteri impiegabili per raccordare una serie di prove agguagliabili sono molteplici[750]. Senza dubbio, la figura delle categorie di prove consente di intercettare dati e informazioni inerenti alla realizzazione dell'illecito, che può configurarsi in modo reiterato ovvero istantaneo ma con effetti perduranti. Cruciale, dunque, la traiettoria che il ricorrente deve imporre alla richiesta esibitiva. Ove la predetta dovesse riguardare soltanto alcuni elementi documentali, trascurandone altri, vi sarebbe il rischio che l'istituto non riesca a esplicare produttivamente la sua efficacia.

Ai sensi dell'art. 840-quinquies c.p.c., la parte contro cui è direzionata l'istanza di ordine di esibizione ha il diritto di essere sentita prima dell'emissione del provvedimento. In concreto, si tratta di un vero e proprio obbligo per il giudice e non di una mera facoltà[751]. Al riguardo, può legittimamente dubitarsi dell'opportunità di una previsione che finisce per smorzare totalmente l'effetto sorpresa dell'istituto dell'esibizione[752], ponendo, per di più, seri rischi che

[748] Che, precisiamo, era lecito attendersi anche da parte del legislatore europeo, il quale ha avuto l'occasione nel 2020 di specificare la categoria giuridica in parola.

[749] Era difatti compito del legislatore italiano calare la nuova disciplina in un quadro processualcivilistico ben definito, apportando, ove necessario, i dovuti interventi di modifica o di creazione.

[750] L'ordine del giudice può riguardare, ad esempio, tutte le mail attestanti uno scambio di informazioni sensibili tra imprese ovvero tutte le fatture emesse in un dato lasso di tempo o con riferimento a un preciso cliente; per quest'ultima esemplificazione S. Vincre, "*La Direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile" in "Rivista di diritti processuale*", 2015, pagina 1160.

[751] Obbligo, tra l'altro, sussistente anche nell'ipotesi in cui la domanda di esibizione afferisca a prove contenute nel fascicolo dell'Autorità garante della concorrenza, ciò a mente dell'art. 3 del d.lgs. 3/2017. Quest'ultima evenienza, però, stante il ruolo che, nelle intenzioni del legislatore europeo, sono destinate a ricoprire le *Authorities* in generale, alla luce del valore processuale riconosciuto alle decisioni delle stesse (art. 15 della direttiva 1828/2020), può prospettarsi oggi anche al di fuori dall'ambito delle azioni risarcitorie antitrust. In particolare, il giudice è tenuto a informare l'Autorità garante in modo che possa presentare osservazioni e pareri in merito alla proporzionalità dell'istanza. Questi vengono inseriti nel fascicolo d'ufficio ai sensi dell'art. 96 delle disposizioni attuative del codice di procedura civile, al fine di garantire alle parti di argomentare sul punto. Il tentativo di innestare un dialogo con l'AGCM prospetta interrogativi che la legge lascia irrisolti. Non sono, infatti, stati precisati né il termine di emissione del parere né la sua valenza; per questi ultimi rilievi di N. Infante, "*Leniency e diritto di accesso: un difficile contemperamento di interessi" in "Analisi giuridica dell'economia"*, Mulino editore, 2017, pagina 503. Dunque, non è chiaro se il giudice possa discostarsi dai rilievi dell'Autorità. Riteniamo che i rilievi che l'AGCM può manifestare al riguardo non possono vincolare il magistrato, altrimenti quello che dovrebbe essere un punto di incontro tra *public* e *private enforcement* diverrebbe solo un'altra epifania della primazia del primo rispetto al secondo. In verità, però, considerato il carattere speciale della disposizione in parola, indipendentemente dalla problematica estensione del valore di decisioni di autorità amministrative indipendenti in senso alle azioni rappresentative, potrebbe pure sostenersi l'impossibilità di avvalersi di una tale facoltà di accesso ad un fascicolo di un procedimento amministrativo. Ci rendiamo conto che siano in tal modo dimidiate le prospettive di corroborare l'impianto probatorio dell'iniziativa giudiziale.

[752] A. Giussani, "*Direttiva e principi del processo civile*" in "*AIDA*", 2015, pagina 254. Id, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagina 1585, nota, infatti, come esistano ipotesi in cui i provvedimenti in giudizio sono adottati *inaudita alter parte,* specie in presenza di rischi di dispersione delle prove, come avviene nel sistema del diritto processuale industriale *ex* art. 121-ter c.p.i. coma 8 (introdotto nel 2018). Sulla opportunità di recuperare gli strumenti previsti dal c.p.i. anche R. Simone, "*Aspetti culturali e applicativi della class action*" citata, pagina 120. A. D. De Santis, "*Le spese e le sanzioni*" citata, pagina 368, e ID, "*La trattazione, l'istruzione e la decisione*" in "*Class action e azione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla L. 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di U. Ruffolo, Milano, 2021,

documenti potenzialmente rilevanti vengano distrutti. Sarebbe stato più congruo consentire un contraddittorio *ex post* sui documenti individuati dall'organo giudicante, il quale è tenuto per legge a considerare il principio di proporzionalità e l'esigenza della protezione della riservatezza nella delimitazione dell'oggetto dell'esibizione[753]. Per far fronte ai pericoli di eliminazione indebita di prove, poi, non è da escludere il ricorso al sequestro conservativo *ex* art. 670 c.p.c. ai fini di custodia[754]. Al riguardo, in realtà, si prospetterebbe un inconveniente preponderante, considerato che, per richiedere la misura in parola, l'istante dovrebbe conoscere precisamente gli atti in possesso della controparte. Più praticabile, allora, potrebbe essere la via della consulenza tecnica preventiva, volta ad accertare il fatto illecito e a tentare anche una conciliazione tra le parti.

Al fine di non frustrare l'effettività dell'ordine di esibizione di prove, al rifiuto ingiustificato e all'inottemperanza di quest'ultimo da parte del soggetto destinatario è riconnessa la comminazione di una sanzione pecuniaria amministrativa, da devolvere alla Cassa delle ammende, da un minimo di 10 mila ad un massimo di 100 mila euro[755]. Inoltre, nei casi suesposti, il giudice è autorizzato a ritenere provati i fatti cui le prove si riferiscono[756]. Quest'ultima può qualificarsi come una sanzione processuale, capace di determinare, in

pagina 167, ritiene, invece, opportuno l'innesto del contraddittorio anteriormente all'ordine di esibizione, alla luce delle sanzioni previste dalla legge.

[753] E, dunque, a prescindere della facoltà della parte resistente di essere sentita prima dell'emissione dell'ordine esibitivo, le ragioni della stessa verrebbero comunque tutelate dall'autorità giudiziaria, essendo questa, e non già il richiedente, a stabilire i limiti dell'esibizione.

[754] Questa è la soluzione prospettata da S. Vincre, opera citata, pagina 1170, e da G. Finocchiaro, "*La disciplina dell'esibizione delle prove nei giudizi risarcitori per violazione delle norme antitrust in attuazione della Dir. 2014/104/UE*" in "*NLCC*", 2018, pagina 446.

[755] Si tratta di una cornice edittale ridotta di un terzo rispetto a quanto previsto dall'art. 6 del d.gls. 3/2017. Con riferimento a quest'ultima già P. Comoglio, "*Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust" in "Riv. Tri. Dir. Pro. Civ"*, 2017, pagina 1002, evidenziava opportunamente come il quantum fosse solo apparentemente elevato. Ed invero, proprio con riferimento a illeciti di massa, è verosimile che il convenuto, a seguito di una valutazione di opportunità, reputi propizio non ottemperare al provvedimento giudiziale, non divulgando alcuna prova potenzialmente a lui pregiudizievole, accettando di fronteggiare la sanzione pecuniaria proprio con i profitti derivanti dalla condotta illecita. Per questa ragione P. Comoglio, ultima opera citata, paventava la possibilità di commisurare la sanzione amministrativa al valore del danno. Tale ipotesi, però, non considera la possibilità che, nei giudizi *stand alone*, non si riesca a stimare il *quantum* del pregiudizio lamentato proprio a causa dell'inottemperanza dell'ordine di esibizione. A. Menegalli, opera citata, pagina 2315, critica l'ampiezza della cornice edittale, poiché le sanzioni potrebbero risultare, in base al valore della controversia, troppo alte o troppo basse. Al contempo, però, l'A. accoglie positivamente l'introduzione di sanzioni per l'inottemperanza dell'ordine di esibizione, auspicando una riforma in tal senso dell'art. 210 c.p.c., visto che la giurisprudenza continua a riconnettere a tale inadempienza soltanto la valenza di argomento di prova (Cass. sez. Lav., 27 gennaio 2017, n. 2148). Ed invero, allo stato attuale, l'istituto di cui all'art. 210 c.p.c. è sprovvisto di concrete prospettive applicative contraddistinte da effettività proprio in ragione del difetto di sanzioni. A. D. De Santis, "*Il procedimento*" citata, pagina 355, fa notare come, a differenza di quanto disposto dall'art. 6 d.lgs. 3/2017, nessuna sanzione sia prevista dall'art. 840-quinquies c.p.c. per i legali rappresentanti delle parti; ID "*Le spese e le sanzioni*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 364.

[756] Ed è questa la sanzione che potenzialmente si appresta a consentire un concreto enforcement dell'ordine giudiziale.

astratto, la soccombenza del soggetto inadempiente. Tuttavia, il riferimento agli altri elementi di prova ("*valutato ogni elemento di prova*") sembra precludere, o quantomeno stemperare, l'operatività della regola del giudizio, in base alla quale, rimasti incerti i fatti di causa, la soccombenza colpirà la parte che, pur avendo la disponibilità di elementi probatori, non ottemperi all'onere dimostrativo. Anche nelle ipotesi di distruzione di elementi di prova oggetto dell'ordine del giudice sono previste una sanzione pecuniaria amministrativa e la possibilità per l'autorità giudiziaria di ritenere provati i fatti. Peraltro, può ritenersi in questo caso inopportuna la precisazione inerente alla valutazione delle altre prove, poiché, con riferimento a condotte di danneggiamento, ben più gravi della mera inottemperanza, non è consentito il pieno concretizzarsi di una *ficta confessio* ai danni degli autori delle violazioni in esame[757].

Conclusivamente sull'istituto in parola, si configura come palese la riconducibilità dello stesso all'ordine di esibizione di cui agli artt. 210 c.p.c. e 94 delle disposizioni attuative del codice di rito[758], ma con differenziazioni cruciali. Anzitutto, il criterio a fondamento dell'istanza di parte non è quello della necessarietà bensì quello della plausibilità[759]. Difatti, sulla parte non incombe l'onere di una specifica indicazione di documenti o cose, con la prova del possesso degli stessi da parte del destinatario della richiesta. Risulta bastevole dimostrare la ragionevolezza dell'altrui disponibilità, anche di categorie di prova. Pertanto, l'oggetto dell'istanza non deve essere descritto in termini particolarmente precisi, dovendo essere poi l'autorità giudicante a tracciare i confini della produzione coattiva. Inoltre, è significativo l'utilizzo del termine "disponibilità" in sostituzione di "possesso". Ciò induce a pensare che i documenti non devono essere necessariamente nelle mani della controparte. Questa deve semplicemente potersi procurare gli elementi probatori richiesti con minori difficoltà rispetto

[757] *Contra*, P. Comoglio, ultima opera citata, pagina 1003. Tra l'altro, dal momento che la fattispecie di soppressione di prove implica il dolo o, comunque, una colpa grave, sarebbe stato opportuno predisporre una sanzione pecuniaria più grave. Su questo frangente, più robusta appare la sanzione prevista dal decreto 3/2017 conseguente alla utilizzazione di prove contenute nel fascicolo dell'AGCM oltre i limiti di legge ovvero da parte di soggetti non legittimati, corrispondente al rigetto totale o parziale di domanda (ed eccezioni) cui si riferiscono le prove. Tale ultima sanzione potrebbe essere eccessiva, posto che, nell'ipotesi di mancato rispetto dei limiti di legge nell'utilizzazione di elementi di prova risulta più consona una dichiarazione di inammissibilità delle modalità di produzione ovvero di inutilizzabilità della approva. Con riferimento alle conseguenze della inottemperanza dell'ordine esibitivo, A. Menegalli, opera citata, pagina 2316, rimarca come il fatto ritenuto ammesso non può comunque equipararsi ad un fatto provato, poiché l'ammissione e la non specifica contestazione sono revocabili, potendo il giudice rilevare l'inesistenza del fatto, ove questa emerga dagli atti causa.

[758] Significativo, al riguardo, il rilievo di S. Lopopolo, "*Il recepimento italiano della Direttiva/104/UE sul private enforcement antitrust" in "Federalismi.it", 2017, pagina 10,* circa la scelta sapiente da parte del nostro legislatore di non recepire l'istituto europeo con il termine "divulgazione".

[759] G. Finocchiaro, ultima opera citata, pagina 440.

all'istante[760]. Devono, quindi, ritenersi tracimate le pastoie tradizionalmente riconnesse all'ordine di esibizione. La giurisprudenza[761], sovente, parlava di indispensabilità del mezzo istruttorio analizzato e di insopprimibilità dell'*onus probandi.* In seno alle azioni di classe, e, dal 2023, di quelle rappresentative, invece, dovrebbe essere sufficiente l'allegazione di presunzioni che inducano l'autorità giudiziaria, in seguito a un giudizio prognostico, a considerare l'idoneità di prove precostituite a corroborare la fondatezza della pretesa giudiziale[762].Come per l'istituto di cui all'art. 210 c.p.c., i documenti esibiti sono acquisiti nel fascicolo di parte e non d'ufficio (art. 74 disp.att. c.p.c.), cosicché le parti possano ritirali, previa autorizzazione del giudice *ex* art. 169 c.p.c. Permane, però, l'obbligo di restituzione al momento delle comparse conclusionali[763]. Considerati gli ampi poteri del giudice nel bilanciamento di contrapposti interessi, riteniamo sussista uno spazio per la discrezionalità dell'organo giudicante nell'emissione dell'ordine di esibizione, con conseguente insindacabilità in sede di ricorso in Cassazione[764], fatti salvi vizi logici o la totale assenza di motivazione[765].

Il più importante tratto innovativo dell'istituto di esibizione, però, è rappresentato dalle sanzioni conseguenti alla inottemperanza. Ed invero, nell'intelaiatura del codice di rito, manca ancora una espressa sanzione per la condotta della controparte inadempiente. Il giudice può, al più, trarre argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c. da questa condotta processualmente rilevante, ma non può ritenere provati fatti cui le prove si riferiscono. Questo è, invece, l'effetto destinato a prospettarsi in seno ad azioni rappresentative e di classe. Su

[760] *Contra* A. Menegalli, opera citata, pagina 2314, il quale sostiene che la disponibilità debba essere intesa in linea con l'interpretazione data dalla giurisprudenza all'art. 210 c.p.c., ovverosia come disponibilità materiale. Ci sembra, però, che una tale ricostruzione, oltre ad essere sprovvista di appigli normativi, andrebbe a frustare la finalità dell'istituto esibitivo, ovverosia quella di ovviare al fenomeno della asimmetria informativa. In aggiunta, parlare di disponibilità giuridica, intesa come la possibilità o il diritto a ottenere determinati elementi di prova, sembra essere più in linea con i concetti, ampi e ariosi, di plausibilità e ragionevolezza, utilizzati dalla legge.

[761] Cassazione, 12 giugno 2012, n. 9522; Cassazione sezione lavoro, 8 agosto 2006, n. 17948.

[762] Materialmente, quindi, ci troviamo nell'ambito dell'onere di allegazione del "principio di prova" di cui parla L. Giani, "*La fase istruttoria*" in "*Giustizia amministrativa*" a cura di F. G. Scoca, Giappichelli editore, Torino, 2020, pagina 404, in relazione all'ordine di esibizione del giudice, anche se con riferimento al processo amministrativo.

[763] Al riguardo, G. Ruffini, "*Produzione ed esibizione di documenti*" in "*Rivista di diritto processuale*", CEDAM, 2006, pagina 441, mette in guardia dai rischi di un ritiro arbitrario dei fascicoli di parte e dei documenti in essi contenuti. Si prospetterebbe, infatti, una totale inanità dell'ordine di esibizione a fronte della libertà di sconvolgimento del quadro probatorio, con conseguente lesione anche del contraddittorio.

[764] Questo il rilievo di L. S. D'Attilia, "*Istanza di esibizione documenti (art. 210 c.p.c.)"* in *"Formulario commentato di procedura civile"* a cura di C. Chiaravalloti, consultabile sul sito "*edizioniadmaiora.it*", pagina 139.

[765] Per la verità la giurisprudenza sul punto appare divisa. Si rinvengo, infatti, sentenze che propugnano l'insindacabilità in sede di legittimità (Cassazione sez. 2 29 ottobre 2010, n. 22196 e Cassazione sez. L. 23 febbraio 2010, n. 613413). In altre pronunzie, invece, l'incompletezza e l'incongruità dell'*iter* argomentativo del giudice, sottostante a un accoglimento o ad un rigetto dell'istanza di ordine di esibizione, sarebbero censurabili da parte della Cassazione (Cassazione sez. L. 17 marzo 2010, n. 6439).

tale frangente, l'intervento del legislatore è stato provvidenziale, poiché ha colmato una visibile pecca, non essendo il provvedimento del giudice affiancato da una idonea risposta all'inerzia di parte[766]. A ciò si aggiunga che l'importo delle sanzioni pecuniarie sopracitate è più elevato di quelle ubicate in altri plessi del codice di procedura civile[767] .

Da una specola generale, possiamo notare come l'auspicio espresso nel 2015 dalla Corte di legittimità, in punto di interpretazione estensiva di istituti processuali, tra cui l'ordine di esibizione probatoria, abbia trovato una concretizzazione, fortunatamente non più settoriale. Ed invero l'asimmetria informativa non è un fenomeno relegato al solo diritto antitrust, essendo, quindi, inevitabile una considerazione a livello normativo dello stesso. Del pari inevitabile, poi, riteniamo sia l'abbandono dell'istituto di cui all'art. 210 c.p.c. e delle sue strette e stantie maglie applicative, le quali non consentirebbero di suffragare l'iniziativa giudiziale di soggetti non in grado di reperire elementi di prova a sostegno della stessa. Il processo normativo di apertura nei confronti di un istituto di matrice latamente divulgativa, il quale rimane, comunque, lontanissimo dalla divulgazione propria dell'ordinamento statunitense, è iniziato proprio in seno al diritto antitrust, settore ordinamentale in cui è agevole riscontrare illeciti plurioffensivi. Il tassello successivo di questa evoluzione processuale, dunque, non poteva che involgere la tutela giurisdizionale seriale. Ed invero, prendendo in considerazione la disciplina delle azioni di classe, non può non evidenziarsi la deconsumerizzazione di quest'ultima[768]. Il fatto, cioè, che tale tutela non sia più trincerata nel

[766] Si deve, infatti, notare come l'ordine di esibizione non sia munito della *vis* di titolo esecutivo, non potendo, dunque, dar vita a una esecuzione in forma specifica di un obbligo di fare. Questa è la condivisibile opinione di L. S. D'Attilia, opera citata, pagina 141.

[767] G. Finocchiaro, opera citata, pagina 472, richiama, ad esempio, la sanzione prevista dall'art. 118 del c.p.c. per il terzo che rifiuta senza giusto motivo di soggiacere all'ispezione disposta dal giudice, la quale va da 250 a 1500 euro. Ma si può anche richiamare il *quantum,* decisamente più esiguo, previsto dall'art. 67 del codice per responsabilità del custode o dall'art. 220.

[768]Parla di deconsumerizzazione A. Carratta, "*I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura" in "La class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019, pagina 2297. A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" in "*Rivista di diritto processuale*" 6/2019, pagina 1572, nota come la generalizzazione applicativa dell'azione di classe sia avvenuta prima della sua efficace diffusione nell'ambito delle controversie di consumo. E. Fanesi, "*Brevi considerazioni sulla nuova class action*" in "*La nuova procedura civile*", 18/12/2019, pagina 1, parla di significativo passo avanti per l'ordinamento giuridico italiano a seguito della generalizzazione dell'istituito. C. Scognamiglio, "*La Cassazione delinea presupposti di risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale nell'azione di classe*" in "*Nuova giur. civ. comm*.", 5/2019, pagina 994, parla di generalizzazione del rimedio. C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c*." in "*Riv. dir. proc."*, 2/2020, pagina 717 e 721 e Id, "*La terza edizione dell'azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*", citata, pagina 738, nota come l'inserimento della regolazione dell'azione di classe nel codice di procedura civile, presupposto per la portata generale dell'istituto, accentua il parallelismo tra la predetta e la *Rule 23* statunitense, e, in aggiunta, consenta di contrastare quei comportamenti illeciti che ledono non solo i consumatori ma anche soggetti inseriti del ciclo produttivo e distributivo. L'A., però, critica la creazione di un titolo VIII-bis, posto che le nuove norme andavano inserite nel libro II del codice di rito, non trattandosi di un procedimento speciale. A detta di A. C. Di Landro, "*Ospitalità ed omogeneità nella nuova azione di classe. Nuove prospettive di riflessione*" in "*Jus civile*" 5/2020, pagina 1266, la generalizzazione

diritto consumeristico è stato senz'altro un fattore positivo che ha amplificato l'ambito applicativo della esibizione probatoria, ancorché non direzionabile nei confronti di un terzo, bensì della sola parte resistente[769]. E, proseguendo su questa traiettoria normativa, il legislatore europeo del 2020 - per vero con una massiccia regressione in termini di effettività e potenzialità applicative dell'istituto a causa della formulazione restrittiva - ha tentato di estendere i confini applicativi dell'esibizione probatoria, sino a raggiungere le sponde del nuovo istituto delle azioni rappresentative. Si assiste quindi al tentativo di intercettare l'asimmetria informativa in tutti i settori in cui i consumatori sono destinati a fronteggiare la stessa, eccezione fatta, paradossalmente, per il diritto della concorrenza, archetipo e modello di riferimento nell'edificazione di tutta la predetta normativa.

Non resta, dunque, che attendere un'ulteriore rielaborazione evolutiva dell'esibizione probatoria che ne consenta l'attivazione, quantomeno proprio nell'ambito delle azioni rappresentative a tutela dei consumatori, anche d'ufficio. Tale potere, del resto, sarebbe collimante con i doveri di bilanciamento[770] e di determinazione contenutistica già assegnati all'autorità giudiziaria.

3.5 Le decisioni definitive delle *Authorities*.

Il legislatore nazionale, di solito particolarmente propenso alla trasposizione acritica di norme contenute in atti normativi eurounitari, come, del resto, dimostrano alcune sezioni del decreto legislativo n. 28/2023[771], non ha recepito il contenuto dell'art. 15 della direttiva 1828/2020[772].

dell'istituto sarebbe avvenuta in funzione prettamente deterrente, sì da incentivare le imprese a incrementare controlli interni di fronte alla prospettazione di un danno all'immagine, oltre che di un obbligo risarcitorio. A. A. Dolmetta, "*Profili emergenti nelle azioni di classe*", testo che riproduce la relazione tenuta dall'A. al convegno "*La nuova tutela collettiva: azioni di classe e inibitorie*", Roma, 6 luglio 2019, pagina 1, parla di "indiscriminata utilizzabilità" dell'istituto, rimarcando come, parallelamente a quanto avvenuto in altri settori giuridici, la categoria di consumatore è solita svolgere un ruolo di apripista e apertura verso nuovi istituti. R. Pardolesi, "*La classe in azione. Finalmente*" in "*Danno e responsabilità*", 3/2019, pagina 301, parla di procedimento collettivo non più ghettizzato nel codice del consumo. F. De Dominicis, "*I numeri e lo stato dell'arte dei primi dieci anni di vita dell'istituto*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino, pagina 288, parla di azione di classe anche appannaggio delle imprese e non di "bandiera del solo consumatore".

[769] Precisiamo che codesta lacuna non è poi così grave come potrebbe apparire. Ed invero, se da una parte, nel silenzio della legge e in assenza di un divieto espresso, nulla vieta di direzionare tale ordine giudiziale nei confronti di un terzo, dall'altra il mancato approntamento di una tale possibilità ben collima con l'esigenza di non sovraffollare il giudizio di classe, già intrinsecamente complesso sul versante soggettivo, e non appesantire lo stesso in fase di accertamento.

[770] Si è detto infatti che il giudice formula un ordine di esibizione parametrato al principio di proporzionalità, tenendo in considerazione i costi dell'esibizione e la necessità di preservare informazioni riservate.

[771] E, segnatamente, con riferimento ai requisiti in presenza dei quali l'ente può ottenere la legittimazione ad esperire una azione rappresentativa transfrontaliera oppure in punto di finanziamento della controversia.

[772] In generale, sulla diffusione della propensione a "evitare la dispersione degli accertamenti fattuali conseguiti in un determinato contesto processuale, nei limiti in cui ciò non vada a confliggere con prevalenti esigenze di salvaguardia del

Ora, quest'ultimo, come evidenziato nel capitolo II, si limitava a sancire l'utilizzabilità ai fini probatori, per tutte le parti, di una decisione definitiva di un organo giurisdizionale o di un'autorità amministrativa di qualsiasi Stato membro, inerente all'esistenza di una violazione in danno degli interessi collettivi dei consumatori, in conformità con il diritto nazionale sulla valutazione delle prove. Per quanto lapidaria, da questa disposizione emerge anzitutto la facoltà di invocare suddetti provvedimenti amministrativi[773] anche da parte del resistente, stante l'onnicomprensivo riferimento alle parti, e ciò al fine di contrastare una iniziativa rappresentativa. Di contro, a testimonianza della persistente preferenza a livello europeo, e, conseguentemente, a livello nazionale, di un rapporto ancillare e non paritario tra *public* e *private enforcement*, nelle intenzioni della direttiva le decisioni amministrative in parola sono (o dovrebbero essere) invocabili da parte degli enti designati nei giudizi di seguito, vincendo l'asimmetria informativa soprattutto in punto di prova di nesso di causalità. La formulazione vaga e ariosa della norma in parola, per vero, consentiva agli Stati membri un certo margine di manovra in punto di valore probante. Ed invero, posto che l'art. 15 della direttiva non statuiva espressamente una efficacia vincolante delle decisioni amministrative, il legislatore nazionale avrebbe ben potuto limitarsi a riconnettervi il valore di argomento di prova *ex* art. 116 c.p.c.[774] ovvero sancirne la assoluta vincolatività in giudizio[775]. Posto, però, che ambedue queste soluzioni avrebbero sollevato criticità[776], probabilmente si sarebbe potuto optare per una scelta normativa più equilibrata, recuperando i *decisa* della Corte di legittimità in punto

principio del contraddittorio e del diritto di difesa e i soggetti nei confronti dei quali questi accertamenti siano destinati ad essere efficaci" A. Carratta, "*Accertamento fattuale del giudice di pace ed efficacia nel processo civile*" in "*Riv. Dir.* Proc.", 2020, pagina 1464. In giurisprudenza, da ultimo, Corte di Giustizia, C-2/21, *Za et v. Repsol Comercial de Productos Petroliferos S.A*., 2 aprile 2023, ove si afferma che l'accertamento di una violazione, scolpito in una decisione di una autorità nazionale, dimostra la commissione della stessa, fino a prova contraria del convenuto.

[773] Per tali intendendosi anche le decisioni del giudice amministrativo a seguito di un giudizio impugnatorio.

[774] E. Camilleri, "*L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio."* Citata, pagine 455 e 461, fa notare come deponga nel senso di questa tesi "minimalista" la Relazione illustrativa del decreto legislativo, in particolare la Tabella di concordanza, ove si afferma la non necessità di una disposizione di recepimento apposita in virtù del disposto dell'art. 116 c.p.c. Inevitabile effetto di tale scenario, però, sarebbe una significativa oscillazione delle decisioni giudiziali, oltre che assenza di stabilità. Tutto, infatti, sarebbe rimesso all'apprezzamento del giudice.

[775] In questa evenienza, nota E. Camilleri, ultima opera citata, pagine 460-461, sarebbero state offerte garanzie di certezza e prevedibilità degli esiti del giudizio, nonché coerenza tra private e public enforcement. D'altra parte, però, una prova legale di tal fatta si sarebbe posta in tensione con i principi di soggezione del giudice alla sola legge e del giusto processo, dal momento che le Autorità indipendenti non sono dotate di terzietà. Ad ogni modo, l'A. evidenzia come tale ricostruzione non potrebbe trovare concretizzazione alla luce della impossibilità di interpretare analogicamente una norma speciale, quale è quella dell'art. 7 del d.lgs. 37/2017 sulla vincolatività del *decisum* amministrativo.

[776] In particolare, attagliarsi al disposto dell'art. 116 c.p.c. comporterebbe un eccessivo svilimento, con inventabile retrocessione in punto di livelli di tutela giurisdizionale, del valore di decisioni adottate da una autorità indipendente e con competenza tecniche oppure da un giudice, specialmente in considerazione del valore probatorio riconosciuto ai dati statistici. D'altra parte, però, il riconoscimento di una vincolatività prorompente quale quella prevista in materia antitrust porrebbe creare serie criticità in punto di indipendenza e imparzialità della classe giudicante, sottoposta solo alla legge, con il rischio di un asservimento del processo civile a determinazioni promananti da organi non giurisdizionali.

di prova *prima facie* o privilegiata[777] in materia di azioni risarcitorie antitrust. E quest'ultima operazione si configura come opportuna, poiché in grado di salvaguardare il libero convincimento del giudice adito, e, soprattutto, come plausibilmente attuabile. Infatti, la lacuna del decreto disciplinante le azioni rappresentative deve, in qualche modo, essere sanata in via interpretativa e il cennato valore probatorio, oltre a costituire appunto una soluzione equilibrata, trova un appiglio in orientamenti giurisprudenziali sedimentatisi proprio con riguardo a condotte plurioffensive (violazioni del diritto antitrust). E queste ultime, lo si è ribadito più volte, sono state il modello di riferimento nella elaborazione normativa tanto della direttiva del 2020, e, quindi, del suo recepimento nazionale, quanto del previgente corpo di norme sulle azioni di classe.

Ad ogni modo, auspichiamo che questa sia la via che la giurisprudenza italiana decida di intraprendere, posto che, tra l'altro, gli artt. 840-ter, comma 3, c.p.c. e 140-setpties, comma 7, codice consumo fanno espressamente salve le disposizioni del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3[778]. Nella denegata ipotesi in cui la giurisprudenza non dovesse recuperare e ampliare la nozione di prova *prima facie*, quantomeno in relazione alla commissione della

[777] E. Camilleri, ultima opera citata, pagine 459 e 463-466, definisce tale tesi come "intermedia", evidenziando, al contempo, come essa riguardi una prova atipica, priva di una regolamentazione legislativa cui fare riferimento e, per tale ragione, non pienamente riconducibile all'alveo della presunzione legale *iuris tantum ex* art. 2728 c.c. Tuttavia, come messo in luce dall'A., è pur vero che talora la giurisprudenza (il riferimento è a Cass. 17 aprile 2020, n. 7905 e Cass. 31 agosto 2021, n. 23655) ammette la derivabilità della presunzione legale non da una singola disposizione normativa, bensì da un complesso sistematico di disposizioni.

[778] In verità, tale riferimento appare connesso alla sospensione, facoltativa, del giudizio di ammissibilità ove sia in corso, sui fatti rilevanti ai fini del decidere, una istruttoria innanzi ad una autorità amministrativa indipendente ovvero un giudizio pendente dianzi al giudice amministrativo. Tuttavia, per ragioni di coerenza sistematica, nonché in considerazione del fatto che le norme sulle azioni risarcitorie antitrust sono fatte salve proprio per consentire al giudice di avvalersi di una decisione attestante una condotta illecita, potrebbe leggersi tale richiamo anche come comprensivo delle norme sul peculiare valore probatorio dei provvedimenti amministrativi e giurisdizionali. D. Dalfino, "*Forme di tutela e oggetto del processo*" citata, pagine 36-38, si domanda se la sospensione processuale per pendenza di una istruttoria amministrativa non sottenda l'intenzione del legislatore di generalizzare la vincolatività in sede civile di accertamenti del *public enforcement*, propendendo, però, per escludere la sussistenza di un rapporto di pregiudizialità tra procedimento amministrativo e giudizio civile, posto che il potere sospensivo del giudice civile è discrezionale, e configurandosi, al più, una relazione di condizionamento tra i predetti. Sul fatto che la sospensione del giudizio per pendenza di una istruttoria innanzi ad una autorità amministrativa sia facoltativa, ma che, ciò nonostante, il giudice terrà ragionevolmente conto dei risultati raggiunti in quella sede E. Camilleri, "*L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio."* citata, pagina 456.

condotta[779], con tutte le sue componenti[780], la strada da intraprendere dovrebbe essere quella del prudente apprezzamento del giudice. Ed invero, a prescindere dal fatto che, in materia antitrust, sia sancita a chiare lettere la vincolatività del *decisum* amministrativo, riteniamo doveroso rifuggire da una lettura espansiva di tale valore vincolante, foriero di gravi criticità afferenti al diritto di difesa[781], all'indipendenza e alla pienezza dell'accertamento giudiziale[782], alla ragionevole durata del processo[783]. Da una specola generale, peraltro, considerando l'ampio ambito applicativo delle azioni rappresentative, una amplificazione

[779] Ed invero appare improbabile che le autorità amministrative indipendenti, e di conseguenza il giudice amministrativo, si spingano sino ad una statuizione sul danno provocato da una determinata condotta ad una massa di consumatori o anche soltanto al riconoscimento del nesso di causalità tra fatto e nocumento. Sul tipo di controllo giurisdizionale effettuato dal giudice amministrativo sui provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza, incentrato sulla verifica dei fatti posti a fondamento del provvedimento amministrativo e in grado di lambire i profili tecnici dello stesso, al fine di vagliare ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione e, dunque, la non esorbitanza dell'atto rispetto ai sussistenti margini di discrezionalità si vedano Cass. Sez. Un., 20 gennaio, n. 1013; Consiglio di Stato 11 settembre 2014, n. 4629, Consiglio di Stato 15 luglio 2019, n. 4990. Si tratta, dunque, di un sindacato giurisdizionale pieno. A. Storto, "*Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM dopo il decreto legislativo 19/01/17, n. 3"* in "*Il private enforcement antitrust dopo il d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*" a cura di B. Sassani, Pacini Giuridica, Pisa, 2017, pagina 53, configura il controllo del giudice amministrativo come preposto ad evitare lo scadimento della discrezionalità tecnica in arbitrio.

[780] Anche nell'ipotesi in cui la legge riconosca a suddetti provvedimenti un valore vincolante, infatti, lo stesso copre soltanto la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, territoriale e temporale, ovverosia le modalità di attuazione della condotta, incluse le coordinate geografiche e temporali, e le imprese coinvolte.

[781] Di fronte a un giudice imbrigliato nelle strettoie delle deliberazioni di una autorità amministrativa indipendente, infatti, appare difficoltoso, per il convenuto, prospettare una diversa ricostruzione dei fatti sulla base di prove contrarie sopravvenute ovvero non presentate in seno al procedimento amministrativo. In concreto, dunque, il mancato raggiungimento di una prova contraria segna la soccombenza della parte resistente.

[782] La portata del vincolo di origine amministrativa, infatti, dimidia il prudente apprezzamento ed il libero convincimento del giudice civile. Non potendosi rimettere in discussione la ricostruzione operata dall'Autorità garante, infatti, il provvedimento della stessa sarebbe agguagliabile ad una prova legale ovvero alla autorità di giudicato; P. Comoglio, "*Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*" in "*Il giusto processo civile*", 2016, pagina 207, si esprime proprio in questi termini. Secondo l'Autore l'accertamento compiuto in sede pubblicistica coprirebbe anche i fatti che avrebbero potuto essere prodotti e non lo sono stati. Per la verità questo assunto non appare pienamente condivisibile. Argomentare in tal senso implicherebbe un restringimento ulteriore dei già angusti margini difensivi del convenuto. A conclusioni non dissimili, seppur con maggiore titubanza, sembra pervenire anche M. Negri, "*L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*" in "*NLCC*", 2018, pagina 489, la quale richiama, come parametro normativo a fondamento di tale ricostruzione, l'art. 651 c.p.p. In effetti, la disposizione in parola riconnette la vincolatività in sede civile o amministrativa a decisioni irrevocabili con riferimento all'accertamento di fatti e alla loro attestazione di illiceità. S. Vincre, "*La Direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*" in "*Rivista di diritto processuale*", 2015, pagina 1182, legge in una decisione definitiva dell'AGCM una attestazione irretrattabile della antigiuridicità delle condotte ma non di un illecito civile dante diritto al risarcimento. Il riconoscimento di vincolatività a determinazioni dell'Autorità garante collide, pertanto, con la separazione tra i poteri dello Stato, dal momento che il *decisum* giurisdizionale è asservito a quello amministrativo, il quale è reso atto sostanzialmente giudiziario. Di conseguenza, finirebbe per operare la preclusione del *ne bis in idem.* Conscio di tale conflittualità, il legislatore del 2017 nella Relazione illustrativa al decreto legislativo n. 3 del 2017, pagina 11, afferma che, mediante una interpretazione conforme dell'art. 7 all'art. 101 della Costituzione, il giudice civile non risulta soggetto alla decisione dell'AGCM ove essa sia irrimediabilmente viziata. Al riguardo, tale dichiarazione appare particolarmente problematica e illogica, trattandosi di una interpretazione costituzionalmente orientata anteriore all'entrata in vigore e all'applicazione della norma. D. Porena, "*Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul D. Lgs. N. 3/2017 (attuazione della Direttiva 2014/104/UE in materia di antitrust private enforcement. Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge alla soggezione del giudice alla legge…ed alla Autorità antitrust?"*, in "*Federalismi.it*", 2018, pagina 35, parla di *excusatio non petita* che nasconde la consapevolezza di profili di incompatibilità costituzionale.

[783] Una decisione amministrativa, ove impugnata, diviene definitiva dopo il passaggio in giudicato della pronunzia del giudice amministrativo. In tal modo, verrebbe frustrata l'esigenza di una tutela giurisdizionale tempestiva ed effettiva.

incontrollata di siffatta vincolatività si porrebbe in diretto contrasto con i *dicta* della Corte costituzionale[784]. Verrebbe, infatti, portata alle estreme conseguenze la relazione di subordinazione ancillare del private enforcement rispetto al public enforcement, riconoscendo in capo alle *Authorities* un ruolo para-giurisdizionale che non può e non deve appartenere loro, pena lo sconvolgimento dell'assetto costituzionale nazionale.

3.6 Gli accordi di natura transattiva.

Il decreto disciplinante le azioni rappresentative contempla esclusivamente una finestra temporale entro la quale le parti, su propria iniziativa ovvero su proposta del tribunale[785], possono pervenire ad una tacitazione stragiudiziale della controversia[786]. Essendo, però, applicabile, nei limiti della compatibilità, l'art. 840-quaterdecies c.p.c, è ovviamente aperta la strada della conclusione bonaria della contesa anche a seguito della sentenza di condanna, in seno alla procedura di accertamento dei diritti individuali omogenei[787]. Su questo frangente, però, si ripresenterebbe il problema cennato sulla individuazione dell'attore processuale con un ruolo direttivo. Ed invero, a mente dell'art. 840-quaterdecies c.p.c., è il rappresentante comune, nell'interesse degli aderenti, a predisporre con l'impresa uno schema di accordo di natura transattiva, il quale viene, poi, inserito nell'area pubblica del portale dei servizi telematici (art. 840-ter, secondo comma) e comunicato all'indirizzo di posta elettronica

[784] Del resto, sin dagli anni sessanta la Corte Costituzionale aberra disposizioni di legge che assoggettano pronunzie giurisdizionali ad accertamenti svolti da organi non giurisdizionali (sentenza 7 dicembre 1961, n. 70 e sentenza 12 novembre 1964, n. 40).

[785] In entrambi i casi il termine ultimo è quello dell'udienza di discussione orale della causa. Con riguardo alla proposta promanante dal giudice, D. Amadei, "*La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*" in *"La class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019, pagina 2325, mostra perplessità con riferimento al richiamo esclusivo alla *quaestio iuris* (*id est* valore della controversia e facile e pronta soluzione di diritto delle questioni), con il rischio che le questioni di fatto, particolarmente complesse proprio nei giudizi seriali, siano sottovalutate.

[786] Con riguardo alla possibilità di una risoluzione bonaria collettiva della controversia prima della sentenza di accertamento A. Amadei, ultima opera citata, pagina 2326, evidenzia opportunamente come il contenuto dell'accordo, pur non potendo, naturalmente, assurgere a quello della sentenza, specie con riferimento alla nomina del giudice delegato, andrebbe a costituire snodo essenziale della successiva procedura di adesioni. E allora l'accordo conciliativo dovrebbe contenere la precisa individuazione dei singoli aderenti e dei loro diritti individuali, nonché la quantificazione delle pretese di credito. Ovviamente, si tratta di uno scenario privo di qualsivoglia concreta prospettiva applicativa, fermo restando il fatto che le adesioni alla prima finestra sarebbero comunque troppo esigue per spingere il convenuto a transigere, rimanendo, quindi, possibile, prima della sentenza di merito, esclusivamente l'accordo tra ricorrente e resistente.

[787] I. Pagni, "*L'azione inibitoria collettiva*" citata, pagina 2331, critica il mancato approntamento di una disciplina sulla tacitazione extragiudiziale della controversia in seno al processo inibitorio, pur potendosi, ovviamente, sostenere il raggiungimento di un accordo conciliativo in tale sede. Ad ogni modo, riteniamo si tratti di un *lapsus calami*, anche perché, specie con riferimento alla disciplina delle azioni di classe, cui il d,lgs. 2023 ha attinto massicciamente, una intenzionale esclusione confliggerebbe evidentemente con esigenze di coerenza sistematica.

certificata ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato indicato da ciascun aderente[788]. Entro quindici giorni da questa comunicazione, ciascun aderente può inserire nel fascicolo informatico le proprie motivate contestazioni allo schema di accordo[789]. Quest'ultimo diviene vincolante nei soli confronti degli aderenti che non abbiano formulato alcuna contestazione. Entro trenta giorni dalla scadenza del termine previsto per le contestazioni, il giudice delegato, avuto riguardo agli interessi degli aderenti, può autorizzare il rappresentante comune a stipulare l'accordo transattivo e anche tale provvedimento autorizzatorio è inserito nell'area pubblica del portale dei servizi telematici, oltre ad essere comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato indicato da ciascun aderente, nonché al ricorrente[790]. Quest'ultima comunicazione assume una rilevanza cruciale per le posizioni degli aderenti che previamente avevano avanzato delle contestazioni, posto che, entro quindici giorni, soltanto i predetti, secondo il meccanismo operativo dell'opt-out[791], possono privare il rappresentante

[788] Identica procedura è seguita nell'evenienza di un accordo stragiudiziale risolutivo della controversia in pendenza del processo di accertamento della condotta plurioffensiva. L'accordo transattivo o conciliativo concluso tra le parti è inserito nell'area pubblica ed è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato indicato da ciascun aderente, il quale può dichiarare di voler accedere all'accordo medesimo mediante dichiarazione inserita nel fascicolo informatico nel termine indicato dal giudice. Del pari, anche la proposta del giudice è inserita nell'area pubblica del portale dei servizi telematici ed è comunicata a ciascun aderente nelle medesime modalità. A. Giussani "*Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*" in "*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*", 4/2019, pagine 1294-1295, sottolinea come la legge non indichi parametri in base ai quali il giudice formuli tale proposta di conciliazione. Ove la controversia sia semplice, infatti, sarà più agevole l'accettazione delle parti, ma, al contempo, la proposta appare più utile in presenza di maggiore complessità della materia del contendere. Ad ogni buon conto, secondo l'A., risulta difficile sia raggiunta una conciliazione collettiva su proposta dell'autorità giudiziaria, sussistendo comunque la possibilità che il procedimento di classe venga coltivato da un aderente, non intenzionato a profittarne, venendo meno, peraltro, il diritto dell'avvocato a ricevere il compenso premiale. C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagina 749, fa notare come, ove il ricorrente decida di non raggiungere una conciliazione su proposta del giudice, gli aderenti precoci, pur in potenza interessati alla tacitazione extragiudiziale della controversia, non potrebbero ovviamente profittarne, avendo soltanto la facoltà di revocare la propria adesione.

[789] Contestazioni che, però, non dovrebbero comportare l'obbligo di apportare modifiche all'accordo stesso. In tal senso si veda R. Donzelli, "*La conciliazione*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019, pagina 384, il quale fa notare come, da una parte, gli aderenti abbiano conferito il potere di rappresentanza al rappresentante comune; inoltre, i predetti possono sottrarsi all'accordo transattivo-conciliativo.

[790] E difatti, anche il ricorrente può aderire all'accordo transattivo.

[791] Al riguardo D. Amadei, "*La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*", pagina 2326, in "*La Class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", 2019, e Id, "*Nuova azione di classe*" citata, pagina 1079, parla di *opt out* in senso lato, non essendo richiesta una dichiarazione di assenso per risultare vincolati alle determinazioni del rappresentante comune. V. C. Castaldo, opera citata, pagina 1122, identifica nella disciplina delle transazioni post sentenza un sistema di opt-out in uno stadio embrionale. Anche S. Monti – L. Castelli, opera citata, pagina 710, notano come la non contestazione dello schema di accordo transattivo-conciliativo rappresenti una traccia dell'opt-out, il quale, dunque, se accompagnato da un adeguato sistema di pubblicità, si configura come pienamente compatibile con il diritto nazionale e come capace di esplicare una maggiore controspinta rispetto alla apatia razionale dei soggetti danneggiati. U. Corea- M. L. Guarnieri, opera citata, pagina 16, rinvengono l'operatività del meccanismo di opt-out nella automatica vincolatività dello schema conciliativo post-sentenza per gli aderenti non contestanti. C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagina 751, parla di "timida sperimentazione" di opt-out. Calzante sul punto la considerazione A. D. De Santis, "*Il procedimento*" in *"Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31* a cura di Sassani, Pisa, 2019, pagina 68, ancorché riferita alla comunicazione della Commissione europea del 2018, secondo cui la

comune della facoltà di stipulare l'accordo transattivo[792], esercitando così il diritto di auto-esclusione della classe[793]. È bene precisare che è alquanto improbabile che si addivenga ad una conciliazione durante il giudizio di accertamento[794], dacché ci si trova nel prologo del giudizio e, se le parti ne avessero avuto intenzione, avrebbero tentato autonomamente l'impiego di uno strumento stragiudiziale di risoluzione delle controversie. In ogni caso, nella rara evenienza in cui si raggiunga un accordo, sarebbe comunque necessaria la nomina di un giudice cui delegare la liquidazione dei singoli crediti[795]. Maggiormente verosimile appare una transazione collettiva susseguente all'accoglimento dell'azione seriale[796].

Il giudice, in seno ad un procedimento rappresentativo e di classe, deve sempre considerare gli interessi degli aderenti. Sul punto, si rinviene una formulazione abbastanza vaga delle norme del codice di rito, tale da poter ragionevolmente indurre ad escludere un controllo di merito dell'accordo transattivo e/o conciliativo[797]. Di contro, l'art. 140-decies cod. consumo statuisce chiaramente che la verifica effettuata dal tribunale attenga alla non contrarietà alle norme imperative e alla assenza di clausole comportanti obbligazioni ineseguibili, "tenuto

scelta di un sistema di opt-in contrasta con la automatica estensione degli effetti della transazione collettiva per mancata manifestazione della volontà di sottrarvisi.

[792] Inspiegabilmente, D. Amadei, "*La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe e inibitoria*" citata, pagina 2326, sostiene come la privazione da parte del singolo aderente del potere di rappresentanza andrebbe a precludere la stipula di un accordo per tutti gli altri aderenti. Ora, tralasciando il fatto che non è dato rinvenire alcun appiglio in tal senso nella legge, l'aderente, così come conferisce con l'atto adesivo la rappresentanza sostanziale e processuale al rappresentante comune, revoca la predetta limitatamente alla propria posizione soggettiva, tirandosi fuori dalla classe.

[793] Risulta, quindi, fondamentale una celere valutazione sulla convenienza di sganciarsi dal procedimento collettivo per far valere individualmente le proprie pretese. Da una specola pragmatica, cioè, parrebbe utile avanzare contestazioni contenenti anche soltanto richieste di chiarimento o di specificazione di sezioni dell'accordo. Ed invero, nonostante, le predette non si configurerebbero propriamente come contestazioni, bensì come artificiose dichiarazioni finalizzate a costruirsi una via di fuga dall'azione seriale, non sembra comunque possa in alcun modo vietarsi una tale modulazione applicativa dell'istituto. E ciò sia perché la legge è alquanto vaga sul punto sia in un'ottica di recupero delle garanzie di cui gli aderenti sono sprovvisti (ovverosia potere di impugnativa e poteri di iniziativa nella gestione della controversia).

[794] A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" citata, pagina 1595, sottolinea come al soggetto convenuto non convenga conciliare con il solo ricorrente, visto che il giudizio potrebbe poi essere proseguito da parte di un aderente subentrante al predetto.

795 D. Amadei, ultima opera citata, pagina 2326, nota come potrebbe prescindersi dalla fase di liquidazione in sede giudiziale solo se nell'accordo conciliativo o transattivo vengano associate somme in danaro ad ogni singola pretesa risarcitoria degli aderenti.

[796] Si ribadiscono le perplessità sul cambiamento della compagine soggettiva della procedura di conciliazione in seno alle azioni rappresentative. Non sembra azzardato supporre la non essenzialità del rappresentante comune degli aderenti in seno a queste iniziative giudiziali collettive. Ed invero, le veci di tale figura ibrida ben potrebbero essere espletate dall'ente designato, il quale deve perseguire esclusivamente l'interesse dei consumatori, con l'ausilio, eventualmente, di un consulente tecnico nominato dal giudice. E così si rifuggirebbe da qualsivoglia ambiguità che scaturisce dalla presenza del rappresentante comune in seno al procedimento.

[797] In tal senso, C. Consolo, "*La terza edizione*" citata, pagina 743, il quale ipotizza un eventuale giudizio di merito, sulla convenienza dell'accordo, soltanto nei casi più gravi ed eclatanti. Tuttavia, ID, "*L'azione di classe, trifasica*" citata, pagina 751, esclude totalmente qualsivoglia controllo sull'accordo diverso da quello di mera legittimità. *Contra* R. Donzelli, "*La conciliazione*" citata, pagina 384, secondo cui, il riferimento agli interessi degli aderenti farebbe chiaramente pensare ad una valutazione non limitata alla verifica del rispetto di ordine pubblico e norme imperative, bensì estesa al merito dell'accordo, ossia alla sua convenienza, tenendo in considerazione gli interessi di chi ha manifestato una volontà adesiva.

conto dei diritti e degli interessi di tutte le parti e, in particolare, di quelli dei consumatori interessati". Tale formulazione, dunque, si presta alla irreggimentazione di un controllo su opportunità e convenienza, il quale, se da una parte è stato ideato allo scopo di proteggere le ragioni di una parte debole[798], d'altra parte rischia di conculcare l'autonomia privata e, in ultima istanza, la appetibilità degli strumenti conciliativi per il convenuto. E, su quest'ultimo versante, nonostante il diritto di fuoriuscire dalla compagine collettiva del processo riconosciuta in capo ad ogni singolo aderente sia la inevitabile conseguenza del difetto di un potere generalizzato di impugnativa, non può non notarsi come il convenuto rimane esposto al rischio di essere destinatario una pletora di iniziative individuali. Il predetto, quindi, non sarà particolarmente propenso a tentare una tacitazione amichevole della controversia o ad addivenire ad un accordo transattivo e/o conciliativo soltanto con una parte degli aderenti[799]. E allora è inevitabile notare come un tale scenario contraddistinto da disincentivi a conciliare[800] si sarebbe potuto scongiurare irreggimentando a monte un sistema di opt-out[801]. In tal modo, infatti, sarebbe stato possibile preservare il diritto di sganciarsi dal procedimento seriale in capo agli aderenti e, al contempo, pervenire a una certezza sulle dimensioni della classe o del gruppo di consumatori rappresentati -e, quindi, sulla portata soggettiva degli effetti di una eventuale procedura conciliativa-, a vantaggio della parte resistente.

Infine, in termini di esecuzione forzata degli accordi transattivi, da una parte si potrebbe propendere per escludere l'applicabilità della esecuzione collettiva, stante il mancato richiamo dell'art. 840-terdecies c.p.c. Tuttavia, una esigenza di coerenza sistematica impone

[798] Anche se, viste le agevolazioni, specie sul versante probatorio, riconosciute a favore dei consumatori, seppur mediatamente stante la natura rappresentativa delle azioni, potrebbe dubitarsi della qualificazione dei predetti quali parti deboli, quantomeno nel contesto delle azioni rappresentative.

[799] Una tale evenienza, peraltro, sembra porsi maggiormente con riferimento ad azioni di classe. D. Amadei, "*Nuova azione di classe*" citata, pagina 1080, nota come, ove molti aderenti fuoriescano dalla classe, il convenuto paghi solo per poche pretese, liberandosi in misura inferiore da future iniziative giudiziali. ID, "*La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*" citata, pagina 2327, reputa difficile una transazione parziale, stipulata soltanto con alcuni *class members*. R. Donzelli, "*La conciliazione*" citata, pagina 382, sottolinea come, la mancata operatività del sistema di opt-out precluda un ricorso consistente agli strumenti conciliativi, dal momento che il convenuto non riesce a sganciarsi definitivamente da una pletora di controversie.

[800] Sulla capacità dei risarcimenti di tipo punitivo di indurre la parte resistente a transigere G. Gerardo, opera citata, pagina 18. Sulla circostanza della non irragionevolezza della introduzione di danni punitivi, al fine di incentivare il ricorso alle azioni collettive risarcitorie R. Simone, "*Aspetti culturali e applicativi della class action*" citata, pagina 116.

[801] Sul fatto che l'effettività dei meccanismi di conciliazione collettiva consegua all'abbandono del sistema di opt-in in favore dell'opt-out A. Giussani "*Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*" citata, pagine 1297-1298, il quale imputa alla legge n. 31/2019 non solo la incapacità di concretizzare gli obiettivi di deterrenza e di ampliamento dell'accesso alla giustizia, ma anche la mancata realizzazione della economica processuale e della razionalizzazione dell'uso delle risorse giudiziarie. L'A., inoltre, nota opportunamente come l'accordo transattivo-conciliativo potrebbe anche involgere soltanto alcuni degli aderenti, ad esempio quelli nei confronti dei quali il convenuto non sia intenzionato a far valere delle eccezioni.

di ritenere applicabile tale esecuzione di matrice collettiva, posto che l'accordo è comunque concluso dal rappresentante comune degli aderenti[802].

3.7 L'azione inibitoria collettiva *ex* art. 840-sexiesdecies.

Infine, occorre analizzare brevemente la disciplina della azione inibitoria collettiva. La riforma del 2019 ha relegato la tutela inibitoria a un'unica, scarna disposizione[803]. Ed invero, fatta eccezione per la previsione relativa al rito applicabile, cioè quello camerale, si tratta di una norma alquanto lacunosa, non essendo chiaro se anche le azioni inibitorie siano soggette al vaglio di ammissibilità alla stregua delle azioni di classe o meno. La prima di queste alternative, oltre che essere ispirata a una esigenza di coerenza sistematica, sarebbe avvalorata dal rinvio dell'art. 840-sexiesdecies c.p.c. all'istituto della esibizione probatoria di cui all'art. 840-quinquies c.p.c. Di contro, però, la previsione di un giudizio di ammissibilità anche in sede inibitoria collide con le finalità della tutela stessa e con la necessità di celerità. Riteniamo, pertanto, che sia opportuno escludere l'applicazione del vaglio di ammissibilità anche alle azioni inibitorie[804]. Altro aspetto critico della disciplina attiene al procedimento cui sono soggette le azioni inibitorie, ovverosia il rito camerale di cui all'art. 737 c.p.c. e seguenti[805]. Si tratta di una modulazione procedurale non pienamente confacente alle caratteristiche dei processi di classe, contraddistinti da un significativo grado di complessità degli accertamenti fattuali e giuridici, richiedenti una cognizione giudiziale più approfondita[806]. Al riguardo, dunque, la scelta del legislatore del 2023 è stata probabilmente

[802] Per questa interpretazione in via analogica, con la precisazione della occorrenza della autorizzazione del giudice nei confronti del rappresentante comune, P. Farina, opera citata, pagina 676; F. Cossignani, opera citata, pagina 184. Propende per l'esecuzione collettiva, posto che l'accordo conciliativo costituisce tiolo esecutivo, anche D. Amadei, "*La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria*" citata, pagina 2328, il quale compie una equiparazione sul punto tra il decreto e l'accordo conciliativo, poiché "*rationes* ed esigenze sono le stesse".

[803] A. Bellelli, "*Riflessioni critiche sull'azione inibitoria collettiva nella nuova formulazione introdotta nel codice di procedura civile*" in "*NGCC*" 6/2021, pagina 1431, parla di un regolamento dell'inibitoria collettiva ridimensionato, notando come vi sia stata una inversione del processo di regolazione. Ed invero, prima del 2019, era la disciplina dell'azione di classe ad essere modellata tenendo in considerazione quella dell'inibitoria collettiva; con la riforma del 2019 è avvenuto l'opposto.

[804] *Contra* M. Stella, "*La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies c.p.c. tra tradizione e promesse di deterrenza*" in "*Il Corriere giuridico*"12/2019, pagina 1456, sostiene che l'eliminazione del filtro di ammissibilità, così come della diffida stragiudiziale quale condizione di procedibilità, alimenti i rischi di azioni inibitorie mal gestite o proposte frettolosamente.

[805] Scelta ritenuta inspiegabile da D. Dalfino, "*Azione di classe e azione collettiva inibitoria: nuovo testo (art. 840 bis ss. c.p.c.) e nuove (ma non solo) questioni*" in "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019 n. 31)"*, *Foro it*., 2019, pagina 324. Nello stesso senso A. D. De Santis, "*L'azione inibitoria collettiva*", *Foro it.* 2019, pagina 391.

[806] D. Amadei, *"Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile (l. 12 aprile 2019, n. 31*)", pagine 1086-1087, rimarca il fatto che il rito camerale non offra garanzie di tutela effettive.

più ragionevole, posto che le azioni inibitorie e quelle compensative sono assoggettate al medesimo rito, ossia il neo-introdotto rito semplificato di cognizione.

Ulteriore criticità della disciplina previgente, poi, è la natura del provvedimento finale, ossia, verosimilmente, un decreto[807]. E difatti, stante la chiara natura definitiva della pronuncia inibitoria di cui all'art. 840-sexiecdecies, non si comprende la ragione di selezionare, quale procedimento applicabile, il rito camerale. Esso è destinato a concludersi con un decreto reso *rebus sic stantibus* e, quindi, intrinsecamente instabile e soggetto a modificazioni. I profili di incertezza sul provvedimento finale non possono poi che riverberarsi sul regime di impugnazione dello stesso. Da una parte, si potrebbe riconoscere la natura definitiva e decisoria del decreto, così prospettandosi l'ammissibilità del ricorso in Cassazione. Dall'altra parte, però, ammettendo l'applicabilità del disposto dell'art. 742 c.p.c. (modificabilità e revocabilità del decreto in ogni tempo), la pronuncia inibitoria non potrà inevitabilmente qualificarsi come definitiva, dovendosi dunque escludere la ricorribilità per cassazione[808]. La legge, inoltre, tace, anche con riferimento alle azioni inibitorie collettive, sugli effetti della pronuncia finale. Ed invero, non è chiaro se la stessa, in caso di rigetto, faccia stato *erga omnes* oppure se possa, con un'altra iniziativa giudiziale, essere denunziata la medesima condotta lesiva o potenzialmente tale[809].

---

[807] D. Amadei, ultima opera citta, pagina 1086, ritiene invece che, nel silenzio della legge, la forma de provvedimento finale sia una sentenza, posto che oggetto del predetto è la tutela dei diritti. Nello stesso senso E. Fanesi, "*Brevi considerazioni sulla nuova azione di classe*" citata, pagina 17

[808] Le problematiche in punto di gravame, stante la applicazione del rito camerale, sono messe in luce da A. Tedioli – G. M. Sacchetto, "*La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840-sexiesdecies c.p.c*." in "*Rivista di diritto processuale*", 1/2021, pagina 248, alla luce della intrinseca instabilità del decreto, la quale genererebbe incertezze e, soprattutto, una moltiplicazione dei giudizi, così tradendo i propositi legislativi di economica processuale.

[809] M. Stella, ultima opera citata, pagina 1457, sostiene che la sentenza di rigetto non precluda la riproposizione di una domanda inibitoria contro la medesima impresa e che la stessa non abbia valore vincolante. Si tratta di una posizione ispirata all'esigenza di garantire il diritto di difesa dei soggetti danneggiati (si pensi alle ipotesi in cui il soggetto proponente sia inesperto o in qualche misura dipendente dall'impresa convenuta), ma plausibile soltanto se ad agire sia il singolo soggetto. Ed invero, nel caso in cui sia un ente o una organizzazione a promuovere l'azione inibitoria collettiva l'oggetto del giudizio verte sulla condotta asseritamente riconducibile all'impresa e, quindi, non su una posizione soggettiva individuale. Di conseguenza, in questo caso, la reiezione dell'iniziativa collettiva precluderà azioni del medesimo segno. Con riferimento, invece, ai giudizi individuali risarcitori, la pronuncia inibitoria di rigetto non potrebbe assumere valore vincolante, posto che si tratta di giudizi con un diverso oggetto. È indubbio, però, che l'accertamento, in sede inibitoria, della sussistenza di un illecito plurioffensivo dovrebbe agevolare la prova dei fatti costitutivi nella domanda giudiziale e, poi, l'accertamento giudiziale. Pertanto, anche sul frangente dell'inibitoria, si frappongono la tesi dell'efficacia *secundum eventum litis* del provvedimento finale (valenza extraprocessuale solo se favorevole) e quella della produzione di effetti a prescindere dell'esito del giudizio. Propende per gli effetti espansivi di una pronuncia inibitoria favorevole A. Belelli, ultima opera citata, pagina 1433, al fine di non frustrare la tutela collettiva. D'altra parte, lo stesso A. è consapevole del fatto che la teoria del giudicato *secundum eventum litis* costringe l'impresa convenuta a doversi difendere in innumerevoli giudizi individuali con lo stesso oggetto. Sulla circostanza secondo cui l'azione inibitoria collettiva avrebbe funzione preventiva per tutti i giudizi risarcitori individuali, potendo negli stessi essere invocata, se favorevole, A. Tedioli – G. M. Sacchetto, "*La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840-sexiesdecies c.p.c*." citata, pagine 250-252, i quali riconducono il fondamento di tale ricostruzione agli artt. 1306, 1316 e 1307 sulle obbligazioni solidali e indivisibili. I. Pagni, "*L'azione inibitoria collettiva*" citata, pagine 2333-2334, identifica, quale

Venendo al coordinamento con la normativa delle azioni rappresentative, riteniamo che non dovrebbero porsi problemi di coordinamento applicativo, considerato che l'ultimo comma dell'art. 840-sexiesdecies fa salve le disposizioni previste dalle leggi speciali. Tra queste rientra senza dubbio la disciplina contenuta nel d.gls. 28/2023, contraddistinta da specialità sia con riferimento all'ambito oggettivo, ossia ai settori giuridici compresi nell'allegato, sia in punto di legittimazione ad agire, riservata agli enti rappresentativi. A questo proposito, però, non può non notarsi una involuzione delle prospettive di accesso alla giustizia. L'art. 840-sexiesdecies, infatti, ha introdotto una novità prorompente nello scenario della tutela inibitoria, ovverosia la legittimazione del singolo soggetto danneggiato a richiedere la cessazione di una condotta illecita commissiva o omissiva, purché la stessa leda una pluralità di individui o enti[810]. Quest'ultima precisazione potrebbe indurre, quindi, a ritenere il singolo ricorrente quale rappresentante straordinario degli interessi di coloro i quali subiscono un pregiudizio da atti o omissioni posti in essere da una impresa. In senso contrario, però, può rilevarsi come il promotore di una azione inibitoria si limiti in realtà a far valere una propria pretesa, la quale origina da una condotta plurilesiva[811] e che, in caso di accoglimento, avvantaggerebbe, sul piano fattuale prima ancora che giuridico, tutti soggetti lesi o che possono essere lesi. Altro frangente di regressione della tutela inibitoria riguarda l'ambito applicativo oggettivo della stessa. Ed invero, a fronte della generalizzazione dell'azione inibitoria di cui all'art. 840-sexiesdecies[812], la disciplina delle azioni rappresentative attiene a un insieme materie, per quanto ampio, precipuamente indicate dall'allegato I.

Punto di contatto tra le due tipologie di azioni inibitorie è invece costituito dalle misure atte

oggetto del giudizio inibitorio e, quindi, del giudicato, il potenziale pregiudizio che taluni soggetti possono subire per effetto delle medesime condotte, e non già l'accertamento della illiceità della condotta. L'A., dunque, descrive un diritto seriale consistente della pretesa di un comportamento corretto da parte delle imprese. Pur trattandosi di una ricostruzione macchinosa, bisogna rilevare come, in tal modo, coloro i quali non abbiano preso parte al giudizio inibitorio traggono di fatto vantaggio dalla sentenza inibitoria che vieta o impone un dato comportamento.

[810] Mette in guardia contro i rischi di tale legittimazione individuale A. Belelli, ultima opera citata, pagina 1432, evidenziando i possibili abusi, con effetti distorsivi della concorrenza, ove ad agire sia un'impresa, il che, a detta dell'A., avvalora la tesi di una trasposizione incongrua della disciplina dell'azione di classe in quella della inibitoria collettiva. Allo stesso modo, I. Pagni, "*L'azione inibitoria collettiva*" citata, pagina 2330, evidenzia il rischio che una legittimazione ad agire così ampia apra la strada ad un accesso indiscriminato alla giustizia.

[811] Così ragionando, però, potrebbe porsi il problema di trasporre il concetto di omogeneità dei diritti nell'alveo delle azioni inibitorie, il che andrebbe a vulnerare grandemente l'utilità della tutela. Ad ogni modo, non sussistendo indici normativi che avvalorano tale ricostruzione, sembra opportuno relegare il requisito della omogeneità dei diritti individuali alle sole azioni di classe.

[812] Saluta con favore tale generalizzazione E. Minervini, "*La tutela collettiva dei consumatori e la L. n. 12 aprile 219, n. 31*" citata, pagina 359, ritenendola peraltro il precipitato della forza espansiva del diritto consumeristico. F. Tedioli, "*Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile*" citata, pagina 1415, invece, prospetta un possibile passo indietro rispetto alla disciplina previgente, nell'ottica dei poteri e delle facoltà degli enti rappresentativi, ritenendo che sarebbe stato probabilmente più opportuno estendere la disciplina consumeristica ad ogni tipo di illecito.

a eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate (misure ripristinatorie)[813], nonché dalla condanna della parte soccombente a diffondere il provvedimento giudiziale, stante l'esplicito rinvio dell'art. 140-octies cod. consumo ai commi 7 e 8 dell'art. 840-sexiesdecies c.p.c.

In un'ottica generale, infine, la neo-introdotta disciplina delle azioni rappresentative inibitorie va ad innestarsi in un quadro normativo ingarbugliato a causa di varie stratificazioni legislative. E difatti, già con la legge del 2019 sarebbe stato possibile superare il sistema della pluralità di inibitorie, ossia quelle di cui agli artt. 37 e 139 cod. consumo[814]. Sul punto è ovvio che il rapporto tra le richiamate disposizioni è risolvibile in base al criterio della specialità. Senonché, l'art. 37, attualmente in vigore, rinvia all'art. 140 cod. consumo, ormai abrogato[815], ponendosi, di conseguenza, il dubbio sulla qualificazione dello stesso come mobile ovvero fisso e recettizio[816].

[813] M. Stella, "*La nuova azione inibitoria collettiva*" citata, pagina 1453, rimarca come suddette misure non possano ovviamente trasmodare l'oggetto del giudizio inibitorio e, quindi, concretizzarsi in tutele individuali, né le stesse possono esplicarsi in obblighi di rimborso e restituzione, posto che altrimenti si tratterebbe di provvedimenti di matrice compensativa. Con riferimento a tali misure di ripristino, A. Tedioli – G. M. Sacchetto, "*La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840-sexiesdecies c.p.c*." in "*Rivista di diritto processuale*", pagina 254, affermano che il confine tra tutela inibitoria e ripristinatoria, da un lato, e tutela risarcitoria e restitutoria, dall'altro, sia diventato più labile e incerto, dal momento che gli effetti pregiudizievoli da rimuovere potrebbero essere ricondotti ai pregiudizi ai quali fare fronte mediante risarcimento in forma specifica o per equivalente. Peraltro, alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali dell'art. 140 cod. consumo –che includevano tra le misure ripristinatorie anche obblighi restitutori- v'è il rischio che la linea di demarcazione tra le predette tutele si assottigli ulteriormente, specialmente in sede di azioni rappresentative, ove domande compensative e inibitorie sono promovibili cumulativamente.

[814] In tal senso, A. Belelli, "*Riflessioni critiche sull'azione inibitoria collettiva nella nuova formulazione introdotta nel codice di procedura civile*" citata, pagina 1429, E. Minervini, ultima opera citata, pagina 349.

[815] Al riguardo, A. D. De Santis, "*Il procedimento*" in "*Foro it*.", 20919, pagina 347, e ID, "*Il procedimento*" in B. Sassani "*Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31"* citata, pagina 69, afferma che l'art. 37 cod. consumo "*perde la sua colonna portante*".

[816] Propende per questa soluzione E. Minervini, opera citata, pagina 351. Nello stesso senso D. Amadei, "*Nuova azione di classe e procedimenti collettivi (l. 12 aprile 2019, n. 31)*" citata, pagina 1090.

Considerazioni conclusive

Il quadro tratteggiato nei capitoli che precedono ha consentito di evidenziare l'importanza dei meccanismi di tutela civile collettiva quale strumento di contrasto agli illeciti di massa. Le azioni di classe e le azioni rappresentative, difatti, costituiscono, nel contesto di mercati globalizzati e digitalizzati, l'unico modo per consentire in concreto a soggetti danneggiati da condotte seriali e plurioffensive di superare gli ostacoli di accesso alla giustizia e accedere alla tutela giurisdizionale. La tutela civile collettiva, quindi, consente di creare una forma di resistenza aggregata agli illeciti, capace, se correttamente implementata, di disincentivare la commissione di future infrazioni e di rafforzare la fiducia degli operatori economici, a cominciare dai consumatori, sul mercato.

E tuttavia, dalla analisi del percorso di normazione, a livello europeo e nazionale, dei meccanismi di tutela civile collettiva e dei recenti approdi legislativi, è emerso come l'approccio dei legislatori sia stato e continui tuttora ad essere inadeguato e insoddisfacente. A livello eurounitario, infatti, sono state compiute delle scelte irrazionali e si è optato per non adottare soluzioni normative chiare, univoche e realmente tese alla armonizzazione dei quadri normativi nazionali.

Alla luce dei recepimenti municipali della Direttiva 1828/2020, infatti, possiamo affermare che il paventato rischio di una eccessiva differenziazione legislativa tra i vari Stati Ue in materia di azioni rappresentative - e, quindi, della *race to the bottom* - si è concretizzato. In particolare, in alcuni Paesi è possibile rinvenire norme di favore che verosimilmente consentiranno lo sviluppo delle azioni rappresentative, con una effettiva protezione degli interessi e dei diritti dei consumatori[817].

Si pensi alla normativa di recepimento del Portogallo, la quale prevede che la sentenza attestante la responsabilità civile del professionista convenuto in giudizio stabilisca i criteri per individuare i singoli consumatori lesi e la quantificazione dei danni subiti individualmente dai predetti e, ove ciò non sia possibile, il giudice è chiamato a fissare un importo risarcitorio forfettizzato.

Il sistema portoghese, inoltre, consente il ricorso al *third party litigation funding* a condizione che la remunerazione per il finanziatore sia equa e proporzionata, valutati caratteristiche e

[817] I dati sulle legislazioni europee di seguito richiamati sono stati reperiti su "*The impact of the new EU mass actions directive across Europe*", consultabile sul sito "*PinsentMasons*", 12 settembre 2024,

fattori di rischio dell'azione collettiva e i prezzi del mercato di finanziamento delle controversie.

In Spagna, superando le strette e anacronistiche maglie applicative della Direttiva, è consentito esperire azioni rappresentative in tutte le ipotesi di infrazioni lesive degli interessi collettivi dei consumatori, e non solo, quindi, in relazione alle materie indicate nell'Allegato I.

In altri Paesi, poi, sono stati approntati dei meccanismi a tutela dei consumatori aderenti a una azione rappresentative nelle evenienze di *mala gestio* o, più in generale, di inadeguatezza dell'ente legittimato. La normativa finlandese, ad esempio, consente a ogni aderente all'iniziativa collettiva di impugnare la decisione resa a seguito del giudizio rappresentativo nel caso di inerzia del ricorrente. La novella del codice del consumo del Lussemburgo, invece, prevede il potere del giudice adito, in caso mancato possesso da parte dell'ente ricorrente dei requisiti per la legittimazione ad agire, di ordinare, anche d'ufficio, la sostituzione dello stesso e non già l'immediata chiusura del procedimento.

In Slovenia, ove la Direttiva del 2020 è stata recepita con una modifica della previgente legge sulle azioni collettive, impone al giudice, ai fini del riconoscimento della designazione di enti rappresentativi, di valutare le risorse finanziarie e umane, le conoscenze giuridiche e le apparizioni mediatiche dell'ente richiedente, tenuto anche a dotarsi di una assicurazione per il pagamento delle spese di giustizia in caso di insuccesso della azione rappresentativa. Ciò nel tentativo di mettere al riparo dall'instabilità e dall'incertezza che colpirebbero i consumatori rappresentati a seguito di una attestazione, *pendente causa*, dell'inadeguatezza dell'ente designato a tutelare gli interessi collettivi degli stessi.

E ancora, il quadro legislativo della Repubblica di Cipro consente il finanziamento statale di specifiche azioni rappresentative e l'elusione, in base ad una scelta discrezionale dell'ente legittimato, dell'obbligo di consultazione preventiva del professionista precedente alla proposizione di una azione rappresentativa di tipo inibitorio.

Bisogna evidenziare, però, come altri Stati Ue abbiano introdotto significativi ostacoli alla proposizione di azioni rappresentative.

Ad esempio, l'Austria, uno degli ultimi Paesi ad aver recepito la Direttiva del 2020, ha adottato regole particolarmente favorevoli per i professionisti convenuti in giudizio. In tal senso va letta la previsione di un numero minimo di consumatori aderenti per la proposizione dell'azione rappresentativa, significativamente elevato (pari a 50). Desta perplessità anche la

possibilità per gli enti legittimati di subordinare l'adesione alla sottoscrizione di un contratto di finanziamento già concluso tra il terzo e l'ente. Si tratta invero di un meccanismo, unitamente alla non divulgazione dell'accordo di finanziamento e del suo contenuto innanzi alla giudice adito, che non tutela adeguatamente le ragioni dei consumatori e, per di più, rischia di disincentivare le adesioni alle iniziative giudiziarie collettive e quindi, la loro proposizione.

E possibili ostacoli alla proposizione di queste ultime potrebbero prospettarsi anche in Germania, pur avendo il diritto tedesco il merito di aver esteso la legittimazione ad agire anche a piccole e medie imprese[818]. Perché una azione sia ammissibile, infatti, occorre che l'ente designato raccolga almeno 50 adesioni di consumatori in un apposto registro elettronico. Peraltro, questo è l'unico sistema di adesioni previsto dal diritto tedesco, che non prevede, analogamente alla normativa italiana, alcuno spazio per il sistema adesivo di opt-out, ciò pure costituendo un elemento che rende più arduo incardinare azioni rappresentative. Notiamo dunque che alcuni Paesi UE – e segnatamente quelli che ammettono opt-out e forme di *third party litigation funding*- possono diventare degli hub prolifici per le azioni rappresentative, attirandola proposizione di iniziative di tutela collettiva e consentendo così una reale tutela degli interessi dei consumatori.

Di converso, negli Stati membri in cui le procedure di tutela collettiva sono costose, lunghe ed eccessivamente complesse, considerata anche l'assenza di misure di supporto concreto agli enti qualificati, v'è il rischio che quella dei *collective redress* si riveli una "*dead end*"[819]. E questa marcata differenziazione delle normative nazionali altro non è che il frutto dell'approccio inadeguato del legislatore europeo alla regolamentazione dei rimedi di tutela collettiva. Il principio di autonomia procedurale, richiamato dalla Direttiva, difatti, più che una direttrice di fondo nella elaborazione della disciplina in esame, è stato utilizzato dal legislatore eurounitario al fine di demandare ai Paesi UE la concreta regolamentazione di un istituto complesso in modo pilatesco, così dimidiando in concreto le prospettive di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

Tale inadeguatezza dell'approccio disciplinatorio si riflette plasticamente nel recepimento

[818] Si tratta di imprese con fino a dieci dipendenti e un fatturato inferiore a 2 milioni di euro.

[819] Per queste considerazioni A. Biard-Danieul "*Thunder read_ the implementation of the representative actions directive in Europe*" in "*Emory Internation Law Revie*", issue 4, vol. 38, 2024.

della direttiva in seno al nostro ordinamento giuridico[820].

Le scelte compiute dal nostro legislatore, appiattitosi sulle disposizioni, generiche e lacunose, dell'atto normativo europeo, sono destinate a non offrire un concreto ed effettivo campo di applicazione alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. Anzitutto, la struttura del procedimento collettivo, alla luce dei rinvii in blocco alla disciplina codicistica delle azioni di classe, continua ad essere lunga e farraginosa.

Come sopra evidenziato, inoltre, a causa dell'assenza di qualsivoglia coordinamento della nuova disciplina con il quadro normativo preesistente, risulta irragionevolmente più agevole promuovere un'azione rappresentativa transazionale. Per le iniziative nazionali, infatti, operano i requisiti di legittimazione di cui all'art. 137 cod. cons., più stringenti e selettivi rispetto alle previsioni europee e a quanto previsto dall'art 140 quinquiesdecies cod. cons.[821]

Queste caratteristiche rendono obiettivamente più complesso ottenere un risarcimento del danno – così come gli altri rimedi compensativi -, con conseguente minore appetibilità dell'istituto.

Si ribadisce, poi, il grave e paradossale cortocircuito applicativo creatosi a seguito della contestuale vigenza di diverse discipline dei meccanismi di tutela collettivi e dei differenti regimi temporali. Se da una parte, infatti, sono necessari dei coordinamenti applicativi tra le disposizioni sulle azioni di classe e quelle sulle azioni rappresentative, accolte dal codice del consumo, dall'altra preme evidenziare il vuoto di tutela dovuto allo scudo temporale imbastito a favore di imprese e professionisti, potenziali convenuti in giudizio. Tanto la legge n. 31 del 2019 quanto il Decreto legislativo 28/2023, infatti, possono applicarsi esclusivamente a illeciti di massa commessi successivamente all'entrata in vigore di tali provvedimenti, e quindi, rispettivamente, dal 2021 e dal 2023. Le condotte illecite commesse anteriormente possono allora essere dedotte in giudizio sotto l'egida dell'abrogato art. 140 bis cod. cons., che continuerebbe a operare in ultrattività nonostante costituisca un modello di tutela collettiva inadeguato e, comunque, anacronistico. Il legislatore italiano, cioè, è stato in grado

[820] Di direttiva "*deludente*" e di recepimento (altrettanto) "*deludente*" parla E. Minervini, "*Azioni rappresentative e provvedimento inibitori"*, "*NLCC*", 2/2025, pagina 288. Più cauto è invece M. Mazzei, "*Società digitale e collective redress: azione rappresentativa civile, class action statunitense e azione di classe italiana a confronto*" in "*Federalismi.it*", pagina 131, che parla di disciplina intervenuta con ritardo e di modello "*prudente e conservatore*", pur riconoscendone l'incapacità di offrire una soluzione efficace al problema dell'*underenforcement* nel settore dei contenziosi di massa.

[821] Critica questa asimmetria dei requisiti di legittimazione ad agire, palesemente in contrasto con l'obiettivo della direttiva di rendere le azioni rappresentative efficaci, M. Martino "*Sulla difficile convivenza tra le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e le azioni collettive ex art. 840 bis e ss. c.p.c*." in "*Riv. Dir. Proc*.", 4/2024, pagina 1225.

di creare un vuoto di tutela nonostante l'esistenza di due normative, seppur non prive di criticità, sicuramente più evolute.

A ciò si aggiunga che il legislatore nazionale ha relegato l'istituto delle azioni rappresentative al diritto consumeristico, segnando così una regressione del livello di tutela a seguito della generalizzazione e della estensione della legittimazione ad agire conseguita con la legge n. 31/2019[822].

E allora le prospettive di un reale sviluppo della tutela civile collettiva, alla luce dell'attuale quadro positivo, si sono senz'altro assottigliate, non essendo state percorse strade che avrebbero condotto alla reale implementazione dei *collective redress*.

In particolare, facciamo riferimento anzitutto a pratiche negoziali aventi a oggetto la cessione della pretesa risarcitoria con il conseguente diritto ad agire in giudizio.

Come illustrato sopra, si tratta di operazioni che consentirebbero di rifuggire dalle criticità del finanziamento privato delle controversie, specie alla luce dell'assoluto difetto di norme a salvaguardia degli interessi del soggetto finanziato, quantomeno in alcuni Stati membri, tra cui l'Italia. Peraltro, il modello di cessione in parola ben si presterebbe a raccordare plurime pretese risarcitorie di consumatori lesi da illeciti plurioffensivi[823], potendo quindi financo essere immaginato come un succedaneo di procedure collettive complesse e poco incentivate.

Su questo versante, dunque, non resta che attendere gli sviluppi applicativi del *third party litigation funding* e le future, auspicate, regolamentazioni della pratica, senza escludere che le problematiche operative dell'istituto potrebbero portare a rivalutare la praticabilità di alternativi schemi contrattuali.

Occorre poi ripensare il ruolo del consumatore nell'ambito dei procedimenti collettivi, abbandonando l'ottica paternalistica sposata dai legislatori europeo e nazionale.

L'attuale modello in cui il consumatore ricopre un ruolo passivo, di mero spettatore, appare inopportuno e superato e, peraltro, se da una parte deresponsabilizza eccessivamente la sua

---

[822] E. Minervini, "*Azioni rappresentative e provvedimenti inibitori*" in "*NLCC"* n. 2/2025, pagina 288, parla di "*retromarcia*" del legislatore rispetto alle scelte operate con la legge n. 31/2019. Sulla stessa linea A. M. Tedoldi, "*Next Generation e rimedi collettivi*" in "*Rivista di diritto processuale*", 2024, pagine 376 e 388, rimarca come il riconoscimento della legittimazione ad agire alle sole associazioni consumeristiche depotenzia l'efficacia dei rimedi collettivi, consegnando quindi una disciplina "*retrograda*" e insoddisfacente rispetto alle asimmetrie informative, cognitive, negoziali, economiche e tecnologiche che caratterizzano i rapporti tra professionisti e consumatori.
Invero, la preoccupazione di possibili abusi, e cioè di azioni pretestuose contro professionisti e imprese, non può frenare a monte la l'elaborazione di una disciplina normativa concretamente votata allo sviluppo della tutela civile collettiva.

[823] L. Hornkhol – A. Ribera Martinez, "*Collective actions and the Digital Market Act: a vird without wings*", in "*The antitriust bulletin*", vol. 70/2025, pagina 55, notano proprio come nell'*assignment model* un ampio numero di soggetti danneggiati può assegnare contrattualmente le proprie pretese a un operatore commerciale specializzato, il cosiddetto *claims vehicle*.

posizione nei confronti della parte convenuta in giudizio, dall'altra lo depriva di facoltà processuali essenziali (*id est* potere di impugnazione dei provvedimenti giurisdizionali). Ad ogni modo, preso atto del persistente paternalismo giuridico che permea le discipline dei meccanismi di tutela collettiva e del fatto che questa tendenza non sembra destinata a tramontare, non si comprendono le ragioni della mancata implementazione, in alcuni Stati membri (tra cui l'Italia), del sistema di adesione di opt-out.

E difatti, in uno scenario in cui i consumatori potenzialmente danneggiati sono relegati nelle retrovie delle iniziative collettive, senza poteri di iniziativa processuale, sarebbe logico non onerare i medesimi neppure di una espressa manifestazione di volontà adesiva.

Nel caso del recepimento italiano della direttiva, poi, la mancata apertura verso l'opt-out appare ancora più critica e inspiegabile tenuto conto dell'impianto complessivo del decreto legislativo di ricezione, appiattito totalmente sulle norme ariose e generali dell'atto normativo europeo.

Ancora, va ribadita l'esigenza di irreggimentare forme di risarcimento di tipo punitivo/ultracompensativo al fine di colpire i profitti indebiti di illeciti di massa e, quindi, di disincentivare in concreto la reiterazione degli stessi. È indubbio, infatti, che se le prospettive di guadagno per gli autori di illeciti superano i danni inferti, e quindi l'entità dei risarcimenti, gli operatori del mercato continueranno a determinarsi a violare la legge[824].

E non potrebbero ostare alla proposta in parola i rischi di *overdeterrence*. Il riconoscimento di tale forma di risarcimenti, infatti, dovrebbe avvenire in base ad una valutazione ancorata al caso di specie e alla luce di criteri chiari e oggettivi: la gravità della condotta (da riferire, ad esempio, al numero di soggetti danneggiati) e l'entità dei pregiudizi causati[825]. Inoltre, al fine di agganciare il risarcimento a limiti prevedibili e conoscibili *ex ante*, potrebbe essere prevista una forbice quantitativa di minimo e massimo da commisurare alla gravità della violazione e alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del responsabile, all'attività da questi svolta per eliminare o attenuarne le conseguenze dell'illecito e alle condizioni economiche dello

[824] A. P. Tedesco, "*Il problema della responsabilità civile (compensativa) in un mondo asimmetrico*" in "*Danno e responsabilità*", 5/2023, pagine 569-570, nota che, se le finalità deterrente e sanzionatoria della responsabilità civile restano nell'ombra, il danneggiante è portato a ritenere l'obbligo risarcitorio come costo implicito della condotta antigiuridica. Il paradigma esclusivamente compensativo, quindi, è inadeguato per reagire agli illeciti dolosi e lucrativi posti in essere in contesti di asimmetria economica e informativa.

[825] E ci sembra che questi parametri corrispondano alle "*regole operazionali*" di cui parla A. Di Majo in "*Il risarcimento anche con funzione punitiva. Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*" in "*Giurisprudenza italiana",* n. 8-9/2017, pagine 1787-1791. L'A., infatti, evidenzia l'importanza delle predette regola al fine di evitare che i risarcimenti di tipo punitivo siano sottratti a criteri di controllo e rimessi alla sola discrezionalità di chi li commina. Occorre allora valorizzare l'illiceità della condotta e la rilevanza giuridica (o grado) del danno.

stesso[826]. In alternativa, si potrebbe imporre che il quantum risarcitorio non sia inferiore ai profitti indebitamente tratti dalla condotta antigiuridica.

È chiaro, allora, che i meccanismi di tutela collettiva necessitano di appositi e nuovi strumenti processuali, non potendo essere forzatamente ricondotti in strutture e istituti già noti[827]. La previsione di un risarcimento ultracomensativo, dunque, sarebbe correlata a quegli illeciti pliurioffensivi reiterabili e gravemente offensivi.

Si prospetta allora la necessità di rivisitare "*l'armamentario classico del processo civile*" e di abbandonare gli strumenti tradizionali, in quanto "*stanchi*"[828] e inadeguati alle peculiarità di un processo di massa.

E la pecca più significativa del recepimento nazionale della Direttiva è forse proprio l'appiattimento della disciplina delle azioni rappresentative su quella delle azioni di classe, come dimostrano i plurimi rinvii al codice di rito[829].

Inoltre, il legislatore italiano ha deciso di affidare la tutela degli interessi collettivi dei consumatori ai soli enti esponenziali, nonostante l'avvenuto riconoscimento a livello municipale, con la legge n. 31/2019, della legittimazione ad agire in capo ai singoli soggetti danneggiati. E questa scelta, come dimostra la pregressa, fallimentare, esperienza, delle azioni di classe illustrata nel capitolo I, sembra precludere già in partenza un concreto sviluppo delle iniziative giudiziarie rappresentative, con il rischio che la tutela civile collettiva resti confinata in una perdurante fase di apprendistato[830].

Il recepimento della Direttiva del 2020, allora, avrebbe potuto essere l'occasione per costruire un unico modello di processo civile collettivo, con legittimazione ad agire concorrente di enti esponenziali e soggetti danneggiati, ma si è limitato a causare ulteriore frammentazione nel quadro normativo interno, ove troviamo diversi meccanismi di tutela collettiva chiamati a coesistere senza un reale coordinamento[831].

---

[826] Per questa proposta A. P. Tedesco, ultima opera citata, pagina 580.

[827] A. M-. Tedolsi, "*Next generation e rimedi collettivi*" citata, pagina 375, constata che la tutela collettiva modifica inevitabilmente e in modo dinamico il paradigma della responsabilità civile, imponendo un ripensamento die rimedi nel segno dell'effettività.

[828] Espressioni utilizzate da E. Ferrante "*Diritti soggettivi e processo di massa*" citata, pagine 82-83.

[829] A. C. Di Landro, "*Le azioni rappresentative a tutela dei consumatori nell'ambito del new deal for consumers*" citata, parla giustamente di "*tendenza a piegare*" l'azione rappresentativa sull'azione di classe.

[830] In termini simili si esprimeva già F. De Dominicis, *"I numeri e lo Stato dell'arte dei primi dieci anni di vita dell'istituto*" citata, pagina 287.

[831] Allo stato attuale, a titolo di esempio, è possibile che le medesime condotte illecite siano dedotte in giudizio con una azione di classe, promossa dal singolo soggetto danneggiato (o anche da un ente sprovvisto dei requisiti per le azioni rappresentative), e con un'azione rappresentativa. Su tale possibile contestuale pendenza di M. Martino "*Sulla difficile convivenza*" citata, pagina 1228; G. De Cristofaro, "*Le «azioni rappresentative» di cui agliartt. 140- ter ss. c.cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840 -*

Bisogna attendere, dunque, da una parte il ruolo chiarificatore della giurisprudenza, così da districare i nodi applicativi tra le diverse discipline vigenti. Dall'altra, c'è da sperare in un pronto intervento del legislatore europeo, visto l'immobilismo di quello nazionale, nel settore del finanziamento delle controversie private da parte del terzo, in modo da arginare le criticità sopra menzionate in punto di tutela degli interessi dei consumatori e rischi di conflitti di interessi e, quindi, di indebiti condizionamenti sulle scelte processuali e/o asservimento delle stesse alle pretese del terzo finanziatore[832], così da dare incentivare in concreto le azioni rappresentative.

bis ss. c.p.c., in *NLCC*, 2024, pagina 46; E. Camilleri, "*L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto*" citata, pagina 445. E allora, il rischio di giudicati contrastanti – evenienza che le azioni civili collettive dovrebbero arginare – continua a persistere.

[832] Al riguardo, merita una menzione il report della Commissione europea "*Mapping Third Party Litigation Funding in the European Law*" del 21 marzo 2025, che attesta l'incremento del numero di operatori dediti al finanziamento privato delle controversie e l'assenza di una disciplina normativa specifica di tali operazioni negoziali. A tale ultimo riguardo si prospettano tre diversi possibili scenari di regolamentazione. Il primo consiste nel mantenimento dell'attuale assetto normativo, e quindi, in assenza di specifici interventi disciplinatori, nell'operatività delle generali disposizioni civili, processuali e consumeristiche. Un'altra possibile prospettiva è quella di una regolazione attraverso requisiti minimi, patrimoniali, etico-comportamentali e informativi, in capo ai finanziatori, in modo da garantire la trasparenza contrattuale senza soffocare l'autonomia negoziale. Infine, in un modello regolatorio pienamente prescrittivo, occorrerebbero: un regime di autorizzazioni obbligatorie; soglie minime di capitale; obblighi informativi; un sistema di vigilanza affidato alle pubbliche autorità. Si tratterebbe, è ovvio, di una regolamentazione maggiormente protettiva degli interessi e delle facoltà processuali dei soggetti finanziati, a fronte, però, di una compressione degli spazi di autonomia negoziale dei contraenti, con conseguenti disincentivi per i finanziatori. Sul punto si veda "*Litigation Funding: pubblicato lo studio promosso dalla Commissione europea*" di G. Lorenzo, 8 maggio 2025, consultabile sul sito "*ntplusdiritto.ilsole24ore*".

BIBLIOGRAFIA

M. B. Abramowicz, "*On the alienability of legal claims*" 114 Yale L.J. 697 (2005.

G. Afferini, "*Class action in Italy: a farewell to America*" in "*Party autonomy in European private (and) international law*", Aracne, 2015.

G. Afferini, "*La nuova azione di classe antitrust"* in *"Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino.

G. Afferini "Class action in Italy: a farewell to America" in "The Digest. The Law Journal of the National Italian American Bar Association", 23/2015

G. Afferini, "*Recenti sviluppi nell'azione di classe*" in "*Contratto e impresa*", 6/2013.

G. Afferini, "*Recenti sviluppi nell'azione di classe*" in "*Judicium.it*", 2013.

S. Z. Ahmed, "*Access to Justice: Litigation Financing and the New Developments*" in *"International Academic Journal of Accounting and Financial Management*", Vol. 4, n. 1, 2017.

G. Alpa "*L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*" in "*Riv. trim. dir. proc. civ*.", 2/2010.

G. Alpa, "*Illecito e danno antitrust: casi e materiali*", Giappichelli, Torino, 2016.

A. Amadei, "*L'esecuzione spontanea e coattiva degli obblighi del decreto di liquidazione di somme agli aderenti*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it.",* 2019.

D. Amadei, "*La conciliazione collettiva nelle nuove azioni di classe ed inibitoria" in "La class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019.

D. Amadei, "*L'azione di classe inammissibile tra effetti preclusivi e ricorso per cassazione*" in "*Giur. It*.", 2017.

D. Amadei, "*Nuova azione di classe e procedimenti collettivi (l. 12 aprile 2019, n. 31)"* in "*NLCC*", 2019.

D. Amadei, "*Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile*" in "*NLCC*", 5/2019.

C. Amatucci, "*La vera ambizione delle azioni di classe: brevi note sulla deterrenza*", in "*Analisi giuridica dell'Economia*", Il Mulino Rivistaweb, 2008.

A. Amidei, "*L'ammissibilità dell'azione di classe fra omogeneità dei diritti individuali azionati e garanzie di adeguata gestione del processo*" in "*Class action ed azione collettiva inibitoria. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*", a cura di U. Ruffolo, 2021.

A. Amidei, "*Passato, presente e futuro del diritto UE in tema di azioni rappresentative*" in "*Class action e azione collettiva inibitoria*" A cura di U. Ruffolo, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021.

D. Amidei, "*L'azione collettiva inibitoria: sistema, tutele ed attuazione*", Giappichelli, Torino, 2018.

M. A. Astone, "*Le transazioni concernenti i risarcimenti (art. 11 Dir. 2020/1828/UE)*" in "*NLCC*", 4/2022.

M. Astone, "*Azione di classe e tutela del consumatore: dall'art. 140 bis cod. cons. all'art. 840 bis c.p.c. in* "*Persona e Mercato*", 1/2021.

F. Auletta, "*L'azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti*", "*NLCC*", 6/2022

S. Azzarello, "*La terza fase dell'azione di classe"* in *"Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino.

L. Barbarito, "*Profili economici della class action*" in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, edizioni Art, Roma, 2010.

R. Barton & W. Walker, "*Alternative litigation finance, part. 1: The waiting game- the economics of a fiduciary litigation practice*" in "*Probate and Property Magazine*", vol. 29, n. 5, 2015.

J. Beisner, J. Miller & G. Rubin, "*Selling Lawsuits, buying troubles. Third-party litigation funding in the United States*" pubblicato dalla U.S. Chamber Institute of Legal Reform, ottobre 2009.

A. Bellelli, "*Riflessioni critiche sull'azione inibitoria collettiva nella nuova formulazione introdotta nel codice di procedura civile*" in "*NGCC*" 6/2021.

E. Benvenuti, "*La tutela collettiva risarcitoria dei consumatori nelle controversie transfrontaliere: diritto interno e prospettive di armonizzazione*" in "*Rivista di diritti internazionale provato e processuale*", 3/2020.

G. Bertolino, "*L'opt-out nell'azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*" in "*Riv. Trim. dir. e proc. civ*.", 2/2016.

A. Biard, "*Collecitve redress in the Eu: a rainbow behind the clouds*?" in "*ERA Forum*", 2018.

A. Biard & X. Kramer, "*The Eu direcitve on representative actions for consumers: a milestone or another missed opportunity*?" in "Zeitschrift fur Europaisches Privatrecht", 2019.

A. Biard-Danieul "*Thunder read_ the implementation of the representative actions directive in Europe*" in "*Emory Internation Law Review*", issue 4, vol. 38, 2024.

C. Biasior, "*Private antitrust enforcement: la prospettiva del mercato. La nuova azione di classe*" in "*Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII convegno antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019*" a cura di G. A. Benacchio, M. Carpagano, 2019.

S. Boccalatte, "*La classe non è action*", "*IBL Briefing Paper*" consultabile sul sito www.brunoleoni.it.

M. Bona, "*La direttiva UE/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori*" in "*Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma collettiva*" a cura di E. Dalmotto in "*Giurisprudenza italiana*" 2021.

R. Bonatti, "*Esibizione delle prove presso la controparte o terzo e sanzioni per violazione della disciplina delle prove*" in "*Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n.3/2017*" a cura di P. Manzini, Giappichelli, Torino, 2017.

M. Bove, ne "*L'aderente*" in "*La class action riformata*", a cura di A. Carratta. in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019.

M. Bove, "*La trattazione del processo di classe*" in "*Judicium.it*".

F. Busbani, "*Commento alla legge n. 99 del 2009 sull'azione collettiva*" in "*GIURETA. Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*", 8/2010.

E. Camilleri, "*La Dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il sistema delle prove. La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di enforcement?*" in "*NLCC*", 4/2022.

E. Camilleri, "*L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Il rilievo delle decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali. Spunti all'arret Repsol*" in "*NLCC*", 2024.

G. Canale, "*Il convitato di pietra ovvero l'aderente nell'azione di classe*" in "*Riv. Diritto processuale*", 6/2010

R. Caponi, "*Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*" consultabile all'indirizzo *www.astrid-online.it.*

R. Caponi, "*Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: risvolti in tema di class action*" consultabile sul sito www.academia.edu, 2010

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

R. Caponi, "*Ultime dall'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli Stati Uniti e il Dieselgate*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)"* in "*Foro it.*", 2019.

S. Caporusso, "*L'azione di classe nel diritto vivente: un laboratorio in itinere*", "*Rivista di diritto civile*", 5/2014.

S. Carabetta, "*Punitive damages e teoria della responsabilità civile: la funziona compensativa del risarcimento*", Giappichelli, Torino, 2020.

A. Carratta, "*I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*" in "*La class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019.

A. Carratta, "*Sulla modifica dell'art. 140 bis Cod. Cons. e sull'introduzione dell'azione di classe"* in *"Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010.

A. Carratta,l "*L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti" in "Rivista di diritto processuale*", 2008.

Carratta, "*I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*" in "*Giur. it*.", 2019.

G. Caruso, "La nuova azione di classe: una peinture d'impression" in "Judicium", 14 luglio 2020.

G. Caruso, "*La nuova azione di classe: una peinture d'impression*" in *"Judicium*", 14 luglio 2020.

P. Cassinis, "*Public e private enforcement, azioni collettive e Libro Bianco della Commissione sulle azioni di risarcimento danni da violazioni antitrust*" in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010.

V. C. Castaldo, "*Il Tribunale di Milano riconosce un class settlement statunitense: superati (infine) i dubbi di compatibilità del meccanismo di opt-out con il nostro sistema costituzionale*?" in "*Il Corriere giuridico*", 8-9/2019.

P. Catallozzi, "*Premessa sulla nuova class action*" in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010.

S. Chiarloni, "*Il nuovo articolo 140bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva*?" in *"Analisi Giuridica dell'Economia*", 1/2008.

V. T. Ciorra, "*L'efficacia delle decisioni dell'AGCM nei giudizi follow on*", consultabile sul sito www.avvocaturadellostato.it

P. Comoglio, "*Aspetti processuali della tutela del consumatore" in "Rivista di diritto processuale*", 2/2007.

P. Comoglio, "*L'azione di classe italiana: valutazioni di efficienza*" in "*Diritto pubblico comparato ed europeo*", il Mulino editore, 1/2015.

P. Comoglio, "*Note a una prima lettura del d.lgs n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antirust*" in "*Riv. Tri. Dir. Proc. civ.",* 2017.

P. Comoglio, "*Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*" in "*Il giusto processo civile*", 2016.

C. Consolo, "*La nuova azione di classe, non più solo consumeristica, in una proposta di legge da non lasciar cadere*" in "*Rivista di diritto Bancario*", 2018.

C. Consolo, "*La terza edizione della azione di classe all'italiana fra giuste articolate novità e qualche aporia tecnica*" in "*Riv. Dir. banc*.", aprile 2019, consultabile su www.dirittobancario.it.

C. Consolo, "*La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*" in "*Il corriere giuridico*", 6/2019.

C. Consolo, "*La transazione dell'azione collettiva: difetti e pregi del sistema di opt-in adottato anche in ottica di analisi economica*" in "*Analisi Giuridica dell'Economia*", 2008.

C. Consolo, "*L'azione di classe di terza generazione*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino

C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c*." in "*Riv. dir. proc*.", 2/2020.

C. Consolo, "*L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c." in "Rivista di diritto processuale*", 2020.

G. Contaldi, "*La tutela degli interessi collettivi nel diritto dell'Unione Europea*" in "*Ordine internazionale e diritti umani*", 2020.

E. Corapi, "*Appunti sull'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo della class action nella legge di riforma*" in "*Liber amicorum Guido Alpa*", CEDAM, 2019.

F. Cossignani, "*L'ammissibilità della domanda nell'azione di classe"* in *"La class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019.

F. Cossignani, "*Adempimento spontaneo ed esecuzione collettiva*" in "*Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di Sassani, Pisa, 2019.

G. Costantino, "*La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope"* in *"Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010.

D. Dalfino, "*Azione di classe e azione collettiva inibitoria: nuovo testo (art. 840 bis ss. c.p.c.) e nuove (ma non solo) questioni*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it.",* 2019.

D. Dalfino, "*Azione di classe e azione collettiva inibitoria: nuovo testo (art. 840 bis ss. c.p.c.) e nuove (ma non solo) questioni*" in "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019 n. 31)*"in "Foro it.", 2019.

D. Dalfino, "*Forme di tutela e oggetto del processo*" in "*Class action e azione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla L. 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di U. Ruffolo, Milano, 2021.

D. Dalfino, "*Le impugnazioni*" in "*Class action e zione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 312*", a cura di U. Rufolo, 2021.

L. S. D'Attilia, "*Istanza di esibizione documenti (art. 210 c.p.c.)" in "Formulario commentato di procedura civile*" a cura di C. Chiaravalloti, consultabile sul sito "*edizioniadmaiora.it*".

A. Davola, "*Oltre il private enforcement: l'ipotesi di un mercato delle azioni di risarcimento del danno antitrust*" in "*Danno e responsabilità"* 7/2015.

I. De Angelis, "*Il private enforcement nella prospettiva dell'in-house counsel, tra norme italiane ed europee*" in "*Il private antitrust enforcement nelle Corti milanesi: una prospettiva europea*" a cura di M. Codinanzi, J. Alberti, F. Croci in "*Rivista.eurojus.it*", 2020.

De Cristofaro, "*Legislazione italiana e contratti dei consumatori nel 2022: l'anno della svolta verso un diritto "pubblico" dei (contratti dei) consumatori*?" in "*NLCC*", 2022.

G. De Cristofaro, "*Le «azioni rappresentative» di cui agliartt. 140- ter ss. c.cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840 -bis ss. c.p.c*." in "*NLCC*" 2024.

G. De Cristofaro, "*Il private enforcement antitrust e il ruolo centrale della disciplina processuale*" in "*Int'l Liss*", 2015.

M. De Cristofaro, "L'*azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali*" in "*Resp. Civ. e prev*"., 2010.

G. De Cristofaro "*Azioni rappresentative e tutela dei consumatori. La lunga marcia che ha condotto all'approvazione della Dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*" in "*NLCC"*, 4/2022.

G. De Cristofaro "*Innovazioni e prospettiva nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement*" in "*NLCC*", 2018.

F. Denozza, "*L'azione privata. Tutrela individuale o strumento di enforcement*" in "*Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*", Milano, 2011.

A. D. De Santis, "*Il procedimento*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31*)" in "*Foro it*.", 2019.

A. D. De Santis, "*Il procedimento*" in "*Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di Sassani, Pisa, 2019.

A. D. De Santis, "*La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile"*, 2017, consultabile sul sito "iris.uniroma3"

A. D. De Santis, "*La tecnica di composizione della classe: le adesioni e i loro effetti*" in *"Class action e azione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla L. 12 aprile 2019, n. 31"* a cura di U. Ruffolo, Milano, 2021.

A. D. De Santis, "*La trattazione, l'istruzione e la decisione*" in "*Class action e azione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla L. 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di U. Ruffolo, Milano, 2021.

A. D. De Santis, "*Le spese e le sanzioni*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019.

A. D. De Santis, "*L'adesione*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31*)" in "*Foro it.",* 2019.

A. D. De Santis, "*Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe: profili processuali*" in "*Class action e zione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*", a cura di U. Rufolo, 2021.

A. D. De Santis, "*La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e alle tecniche inibitorie e risarcitorie*", Napoli, Jovene editore, 2013.

A. D. De Santis, "*Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*" in "*Rivista di diritto processuale*", 2015.

A. D. De Santis "*La direttiva 2014/104/UE e il suo impatto sul processo civile*" in "*Tutela Diferenciada, Revista de Processo*", 2016.

A. Di Majo in "*Il risarcimento anche con funzione punitiva. Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*" in "*Giurisprudenza italiana*", n. 8-9/2017

A. A. Dolmetta, "*Profili emergenti nelle azioni di classe*", testo che riproduce la relazione tenuta dall'A. al convegno "*La nuova tutela collettiva: azioni di classe e inibitorie*", Roma, 6 luglio 2019.

F. De Dominicis, "*I numeri e lo Stato dell'arte dei primi dieci anni di vita dell'istituto*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino.

F. De Dominicis, "*Punitive damages, grandi assenti nell'azione di classe? Una prospettiva comparata*" in "*Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra i sistemi*" a cura di D. Bianchi e M. Rizzuti, Giappichelli Editore, Torino, 2020, pagina 101.

A. De Luca, "*La via inglese della tutela degli interessi collettivi"* in *"Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino.

A. C. Di Landro, "*Ospitalità ed omogeneità nella nuova azione di classe. Nuove prospettive di riflessione*" in "*Jus Civile*", 2020, pagina 1265.

A. Di Landro, "*Le azioni rappresentative a tutela dei consumatori nell'ambito del New Deal for Consumer. Alcune riflessioni*" in "J*uscivile*", 2023, 5.

C. C. Di Marzo, "*La via italiana della class action per danni extracontrattuali ed i principali modelli di tutela collettiva risarcitoria"* in "*Rivista di diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*", 2010.

R. Donzelli, "*La conciliazione*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it.",* 2019.

R. Donzelli, "*Le impugnazioni dei provvedimenti decisori*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it.",* 2019.

R. Donzelli, "*L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*" in AA.VV. "*Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)"* in "*Foro it.",* 2019.

R. Donzelli, "*L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*" in "*Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di Sassani, Pisa, 2019.

R. Donzelli, "*Sul ricorso straordinario in Cassazione avverso l'ordinanza d'inammissibilità dell'azione di classe*" in "*Rivista di diritto processuale*", 2016.

F. Elefante, "*Giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino.

F. Elefante, "*Giudizio di ammissibilità dell'azione di classe"* in *"Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino.

G. Taddei Elmi, "*Rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*" in "*PersonaeMercato.it-Saggi",* 2010.

P. Fabbio, "*Note sull'efficacia nel giudizio civile delle decisioni delle autorità della concorrenza nazionali dopo il Decreto enforcement (d.lgs. 19 gennaio 2017, n.* 3)" in "*Analisi giuridica dell'economia*", 2/2017.

V. Falce, "*Brevi note in materia di pratiche commerciali scorrette",* in *"Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, edizioni Art, Roma, 2010.

E. Fanesi, "*Brevi considerazioni sulla nuova azione di classe*" in "*La nuova Procedura Civile. Rivista scientifica di Diritto Processuale Civile*", 2019.

P. Farina, *"La riforma della disciplina dell'azione di classe e l'esecuzione forzata collettiva*" in "*Rivista dell'esecuzione forzata*", 3/2019.

M. Faure & J. De Mot, "*Comparing third-party financing of litigation and legal expences insurance*" in "*Journal of Law, Economics and Policy*", Vol. 8, No. 3, 2012.

P. Fava, "*L'importabilità della class action in Italia*" in "*Contratto e impresa*", 2004.

M. G. Federici, "*L'azione di classe nei giudizi di impugnazione*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino.

E. Ferrante, "*Diritti soggettivi e processo di massa*" in *"Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino.

E. Ferrante, "*Diritti soggettivi e processo di massa" in "Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino.

E. Ferrante, "*Opt-out ed incentivi d'oltreoceano: idee per una vera class action in Italia e in Europa*" in "*Contratto e Impresa/Europa*", 2-2012.

L. Ferrarese, "*Le norme statunitensi sulle azioni collettive: analisi comparativa con la normativa italiana e spunti di riflessione*" in "*La responsabilità civile*", 2008.

G. Finocchiaro, "*Debutta la nuova figura del rappresentante comune degli aderenti*" in "*Guida Dir*.", 2019.

G. Finocchiaro, "*La disciplina dell'esibizione delle prove nei giudizi risarcitori per violazione delle norme antitrust in attuazione della dir. 2014/104/UE*" in "*NLCC"*, 2/2018.

P. Fiorio, "*L'azione di classe nel nuovo art. 140bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*" in "*ilcaso.it*", 172/2009.

P. Fiorio ne "*La nuova azione di classe, passi in avanti verso gli obiettivi di accesso alla giustizia e deterrenza*?", 2019, consultabile sul sito *"IlCaso.it*".

B. T. Fitzpatrick, "*Can and should the new third-party litigation financing come to class actions*" in "*Theoretical Inquiries in Law*", 19:109/2018.

M. Franzoni, "*Azione di classe, profili sostanziali*" in "*Danno e responsabilità*", 3/2019.

R. Fratini, "*L'adesione*" in "*Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di Sassani, Pisa, 2019.

A. Frignani, "*La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Cassazione in guerra con sé stessa*" in "*Mercato concorrenza regole*", 2013.

T. Galletto, "*L'azione di (seconda) classe (considerazioni sul novellato arti. 140 bis del Codice del Consumo*)" in "*NGCC*", 2009.

G. Gerardo, "*Comparazione tra la disciplina della class action nel diritto statunitense e l'azione di classe italiana alla lice della legge n. 31 del 2019*" in "*Judicium*", 16 settembre 2020.

L. Giani, "*La fase istruttoria*" in "*Giustizia amministrativa*" a cura di F. G. Scoca, Giappichelli editore, Torino, 2020.

A. Dondi e A. Giussani, in "*Commonality all'italiana e avvio (timido) della nostra classa action*", in "*Giurisprudenza italiana*", 2018.

A. Giussani "*Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*" in "*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*", 4/2019.

A. Giussani "*Modelli collettivi extraeuropei di tutela collettiva risarcitoria*" in "*Riv. Tri. Dir. Proc. civ."*, 2007.

A. Giussani, "*Aggregazione di cause e aggregazione di questioni nel contenzioso di serie*" in *"Rivista Trimestrale del Diritto e della Procedura Civile",* 4/2016.

A. Giussani, "*Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*", Il Mulino, Bologna, 2008.

A. Giussani, "*Class actions e finanziamento delle liti*" in "*Rivista trimestrale di diritto processuale civile*", 2/2020.

A. Giussani, "*Direttiva e principi del processo civile*" in "AIDA", 2015.

A. Giussani, "*Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe. Nota a Cass. sez. III, 31 maggio 2019, n. 14886*", in "*Riv. dir. proc*.", 1/2020.

A. Giussani, "*La fase di determinazione del quantum nella nuova azione di classe"* in *"La class action riformata*" a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019.

A. Giussani, "*La riforma dell'azione di classe*" in "*Rivista di diritto processuale civile*" 2019.

A. Giussani, "Le *azioni di classe dei consumatori dall esperienze statunitensi agli sviluppi europei*", in "*Riv. Tri. Dir. Proc. civ*.", 2019

A. Giussani, "*Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina delle azioni di classe*" in "*Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di Sassani, Pisa, 2019.

A. Giussani, "*Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*" in "*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*", 4/2019.

A. Giussani, "*L'azione collettiva risarcitoria nell'art, 140 bis c. cons*." in "*Riv. Dir. Proc. Civ*.", 5/2008.

A. Giussani, "*L'azione di classe risarcitoria nell'art. 140 bis Cod. Cons.: dalla Legge finanziaria 2008 al D.D.L. Sviluppo 2009*" in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*" a cura di A.M. Gambino e V. Falce, edizioni Art, Roma, 2010

A. Giussani, "*L'azione di classe: un primo bilancio*" in "*Rivista di Diritto Processuale*", 2012.

B. Gsell, "*The new European Directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers- a huge, but blurry step forward*" in "*Common Market Law Review"*, 2021.

U. Corea- M. L. Guarnieri, "*La nuova class action al debutto: uno sguardo d'insieme*" in "*Judicium.it*", Pacini giuridica.

T. Healey, M. B. McDonald and T. Haley, "*Litigation finance investing: Alternative investments returns in the precence of information asymmetry*" in "*The Journal of Alternative Investments*", 2022.

A. Heimler, "*Il risarcimento del danno antitrust: limiti e opportunità*" in "*Il diritto industriale*", 5/2016

D. R. Hensler, "*The Future of Mass Litigation: Global Class Actions and Third-Party Litigation Funding*" in "*The George Washington Law Review*", Vol. 79:306, 2011.

D. R. Hensler, "*Third-party financing of class action litigation in the United States. Will the sky fall?*" in "*DePaul Law Review*", vol. 63/2014

T. W. Hill, "*Financing the class: strengthening the class action through third-party investment*" in "*The Yale Law Journal*", 125:484/2015.

C. Hodges, "*Collective Redress: a Breakthrough or a Damp Squibb*?" in "*J consum policy*". Springer Science+Business Media New York, 2014.

L. Hornkohl, "*Ups and downsides of the new EU Directive on representative actions for the protection of the collective interests of consumers. Comments on key aspects*" in "*EuCML*", 5/2021.

L. Hornkhol – A. Ribera Martinez, "*Collective actions and the Digital Market Act: a vird without wings*", in "*The antitriust bulletin*", vol. 70/2025.

C. Silver-D. A. Hyman, "*Third party litigation funding: panacea or more problems*?" consultabile su *https://ssrn.com/abstract=4438503*, maggio 2023.

N. Infante, "*Leniency e diritto di accesso: un difficile contemperamento di interessi*" in *"Analisi giuridica dell'economia*", Mulino editore, 2017.

M. Ioannidou, "*Compensatory collective redress for low value consumer claims in the EU: a reality check*", in "*European Review of Private Law*", 6/2019.

S. Issacharoff, "*Litigation funding and the problem of agency cost in representative actions*" in *"DePaul Law Review*", vol. 63/2014.

Z. Juska, "*The effectiveness of antitrust collective litigation in the European Union: a study of the principle of full compensation*" in "*IIC*", 2018.

J. Kalajdzic, P. Cashamn & A. Longmoore, "*Justice for profit: a comparative analysis of Australian, Canadian and U.S. third party litigation funding*" in "*The American Journal of Comparative Law*", 61/2013.

Kenneth M Kliebard, Michelle Park Chiu, J Warren Rissier, Jon R Roellke, Michael A Cumming, Heather Nelson, Megan A Suehiro, Phillip J Wiese and Brianna R. Howard,

Morgan, Lewis & Bockius LLP, "*Class/collective actions in the United States: overview*", Thomson Reuters, 2020.

C. Klein Haarhuis & B. Van Velthoven, "*Legal Aid and Legal Expenses Insurance, Complements or Substitutes? The Case of the Netherlands*", in "*LEIDEN LAW SCHOOL, DEP'T OF ECON.*", 3, febbraio 2010.

M. Libertini, M. R. Maugeri, "*Azione di classe: definizione di impresa e diritto contrattuali dei consumatori*" in "*NGCC"*, 2012.

S. Lopopolo, "*Il recepimento italiano della Direttiva/104/UE sul private enforcement antitrust*" in "*Federalismi.it*", 2017.

G. Lorenzo, "*Litigation Funding: pubblicato lo studio promosso dalla Commissione europea*" consultabile sul sito "*ntplusdiritto.ilsole24ore*", 8 maggio 2025.

M. Lorenzotti, "*Azione di classe e diritti individuali omogenei: opportunità o limite*?", in "*Contratto e impresa*" 2/2022.

P. Lucantoni, "*Uno ruolo <trainante> per gli studi legali?"* in *"Analisi giuridica dell'economia*", 1/2008.

I.C. Maggio, "*Recenti sviluppi della tutela collettiva nel diritto processuale europeo*" in "*Rivista di diritti processuale*", 4-5/2017.

M. Maggiolo, "*Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*" in "*Rivista di diritto civile*", 1/2015.

C. Magni, "*Il punto di vista dell'autorità per la garanzia nelle comunicazioni"* in *"Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, edizioni Art, Roma, 2010.

M. Malavasi – G. Ricciardi, "*La nuova class action: analisi delle principali disposizioni*" reperibile sul sito "*db approfondimenti*".

K. Marcantonio, "*Il danno antitrust dopo l'introduzione della class action: back and forth interaction tra il giudice e l'Antitrust*?" in "*Concorrenza e mercato*", 2014.

F. Marcos, "*The uneven and unsure playing field damages' claims in the EU: shortcomings and failures of Directive 2014/104/EU and its implementation*" in "*Intellectual Review of Intellectual Property*", 2021.

G. Martino "*Sulla difficile convivenza tra le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e le azioni collettive ex art. 840 bis e ss. c.p.*c." in "*Riv. Dir. Proc*.", 4/2024

P. Massaro, "*The Italian class action reform: a redisigned tool beyond consumer law*" in "*European Review of Private Law*", 4/2020.

G. Mazzaferro, "*Brevi riflessioni sul disegno di legge n. 844 (azione di classe) e su alcune proposte di emendamenti*" in "j*udicium*", 18 febbraio 2019.

G. Mazzaferro, "*Le spese e le sanzioni*" in "*Class action, Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di B. Sassani, Pisa, 2019.

M. Mazzei, "*Società digitale e collective redress: azione rappresentativa civile, class action statunitense e azione di classe italiana a confronto*" in "*Federalismi.it*".

P. Mazzina, "*Prime considerazioni sugli aspetti costituzionali dell'azione di classe*" in "*forum costituzionale.it",* 2008.

V. Meli, "*La Direttiva 2014/104/UE sul risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust dell'Unione Europea e la sua attuazione in Italia*" in "*Studi per Luigi Carlo Ubertazzi. Proprietà intellettuale e concorrenza"*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

S. Menchini, "*La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria"* in "*Giusto proc. civ*.", 2008

S. Menchini, "*La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*" in "*Le azioni seriali*" a cura di ID, Napoli, 2008.

P. Mezzanotte, "*Class action e Costituzione: dimensione metaindividuale dei diritti e ruolo della giurisdizione*" in "*Nomos*", 1/2022.

L. Miccoli, "*Tra public and private enforcement: il valore probatorio dei provvedimenti dell'AGCM alla luce della nuova Direttiva 104/2014 e del D.LGS. 3/2017*" in "*Jus civile*", 2017.

G. P. Miller, "*Punti cardine in tema di class action negli Stati Uniti e in Italia*" in "*Analisi Giuridica dell'Economica*", 1/2008.

E. Minervini, "*Azioni rappresentative e provvedimenti inibitori*" in "*NLCC*" n. 2/2025.

E. Minervini, *"La tutela collettiva dei consumatori e la L. 12 aprile 2019, n. 31*", "*NLCC"*, 2/2020.

H. Misiak, "*The collectvie interests of consumers: new definitions, new weaknesses*" in "*European Review of Private Law*", 6/2019.

P. G. Monateri, "*La responsabilità civile individualista e la responsabilità civile di massa: il costo del sistema*" in "*Danno e responsabilità*", 1/2023.

P. G. Monateri, "*La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione sostanziale*" in "*Danno e responsabilità*", 3/2019.

A. Montanari, "*Il danno antitrust*", CEDAM, Milano, 2019 pagina 10.

S. Monti – L. Castelli, "*Opt-out e diritto italiano: non c'è incompatibilità*" in "*Danno e responsabilità*", 5/2019.

G. Mordbidelli, "*Presentazione*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino.

A. Motto, "*Prime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione*" in "*Judicium",* Pacini giuridica, 2022.

S. Menchini e A. Motto, "Art.140 bis" in "Judicium".

S. Menchini- A. Motto, "*L'azione di classe dell'art. 140 bis cod. consumo"* in "*NLCC*", 2010.

M. Natale, "*Diritti omogenei e potenziamento dell'azione di classe" in "Danno e responsabilità*", 1/2019.

M. Negri, "*L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*" in "*NLCC*", 2018.

J. Nisticò, "*Nuova class action: verso una (auspicata) maggiore effettività del private enforcement antitrust e non solo"*, "*diritto.it*", 2020-05-25.

L. Nivarra, "*La tutela giurisdizionale dei diritti, Prologomeni*", Giappichelli editore, Torino, 2018.

L. Nivarra*, "L'azione collettiva risarcitoria e il diritto antitrust" in "Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010.

M. Orlandi, "*Diritti individuali e azione di classe*" in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010.

A. Pace, "*Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova class action" in "Rivista di diritto processuale*", 1/2011.

I. Pagni, "*L'azione di classe del nuovo art. 140 bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*" in "*Diritto civile*", 4/2010.

I. Pagni, "*L'azione inibitoria collettiva" in "La class action riformata"* a cura di A. Carratta in "*Giurisprudenza italiana*", ottobre 2019.

I. Pagni, "*Tutela individuale e tutela collettiva: un'indagine sul possibile raccordo tra i rimedi*" in "*Le azioni seriali*" a cura di S, Menchini, Napoli, 2008.

G. Pailli, "*Unione Europea e azione di classe: la grande assente" in "Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino.

S. Paladino, "*Azioni seriali e tutela degli interessi collettivi: class action all'italiana*" in "*Federalismi.it*", 14/2008.

R. Pardolesi, "*La classe in azione. Finalmente*" in "*Danno e responsabilità*", 3/2019.

P. Pardolesi – R. Pardolesi, "*La (azione di) classe non è acqua"* in AA.VV. *"Le nuove forme di tutela collettiva (l. 12 aprile 2019, n, 31)*" in "*Foro it*.", 2019.

F. Pasquarelli, "*Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE*" in "*Il diritto industriale*", 3/2016.

L. Pelle, "*Lo status processuale di aderente nell'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons*." in "*Rivista di dritto processuale*", 2012.

C. Petrillo, "*Situazione soggettive implicate*" in B. Sassani (a cura di) "*Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31"*, Pacini, Pisa 2019.

A. Pinna, "*Financing civil litigation. The case for the assignment and securization of liability claims*" in "*SSRN",* 30/04/2009, consultabile su https://ssrn.com/abstract=1396682.

R. Poli, "*Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe*" in "*Rivisita di diritto processuale*", 2012.

G. Ponzanelli, "*La nuova class action*" in "*Danno e responsabilità*", 3/2019.

G. Ponzanelli, "*Risarcimento del danno e class action*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino.

D. Porena, "*Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul D. Lgs. N. 3/2017 (attuazione della Direttiva 2014/104/UE in materia di antitrust private enforcement. Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge alla soggezione del giudice alla legge…ed alla Autorità antitrust*?", in "*Federalismi.it*", 2018.

D. Porena, "*Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul D. Lgs. N. 3/2017 (attuazione della Direttiva 2014/104/UE in materia di antitrust private enforcement. Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge alla soggezione del giudice alla legge…ed alla Autorità antitrust?*", in "*Federalismi.it*", 2018.

P. Poretti, "*Collective redress in the European Union- Current issues and future outlook*" in "*EU and Comparative Law Issues and Challenges*", 3/2019.

C. Punzi, "*L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti" in "Rivista di diritto processuale*", 2010.

E. A. Raffaelli, "*Il private antitrust enforcement dopo la Direttiva Danni nella prospettiva dell'avvocato*" in "*Il private antitrust enforcement nelle Corti milanesi: una prospettiva europea. Atti del convegno tenutosi il 4 ottobre 2019 nella Sala Napoleonica dell'Università degli Studi di Milano*", a cura di Codinanzi M., Alberti J., Croci F. in "Rivista.eurojus.it", 2020.

E. A. Raffaelli, "*Il private antitrust enforcement dopo la Direttiva Danni: troppi problemi ancora irrisolti?*" in "*Federalismi.it*", 14/2019.

A. Riccio, "*La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*" in "*Contratto e impresa*", 1/2010.

A. Ronco, "*Il consumatore solitario (all'ombra dell'azione di classe*)" in "*Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma collettiva"* a cura di E. Dalmotto in "*Giurisprudenza italiana*", gennaio 2021.

R. Rordorf, "*Il ruolo del giudice e quello dell'Autorità Nazionale della Concorrenza e del Mercato nel risarcimento del danno antitrust*" in "*Le Società*", 7/2016.

P. Rott, "*A proper EU collective redress mechanism, finally!*" in "*Journal of European Consumer and Market Law"*, 6/2020.

W. B. Rubenstein, "*Why Enable Litigation? A Positive Externalities Theory of the Small Claims Class Action*", 74 U. Mo. Kan. City L. Rev. 709, 2006

G. Ruffini, "*Produzione ed esibizione di documenti*" in "*Rivista di diritto processuale*", CEDAM, 2006.

V. Sahani, "*Reshaping third-party funding*" in "*Tutane law review*", vol: 91:405/2017.

A. Saija, "*La distinzione tra public e private enforcement del diritto antitrust*" in "*Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII convegno antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019*" a cura di G. A. Benacchio, M. Carpagano, 2019.

A. Saija, "*La distinzione tra public e private enforcement del diritto antitrust*" in "*Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII convegno antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019*" a cura di G. A. Benacchio, M. Carpagnano, 2019.

F. Santagada, "*Il processo di classe davanti ai tribunali macroregionali*" in "*Giust. Civ*.", 9/2010.

F. Santagada, "*La conciliazione dell'azione collettiva risarcitoria: note a margine di una proposta di riforma dell'art. 140 bis Cod. Cons*." in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010.

F. Santagada, "*Le Sezioni Unite negano l'esperibilità del ricorso straordinario in Cassazione avverso l'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe*" in "*Judicium*".

F. Santangeli, "*Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamenti con gli strumenti di tutela collettiva*" in "*Judicium*".

F. Santangeli e P. Parisi, "*Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons*." in *"Judicium*".

B. Sassani, *Introduzione*, "*Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*", Pacini, Pisa, 2019.

B. Sassani, *Prefazione* in "*Class action: commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*" a cura di Sassani, Pisa, 2019.

B. Sassani, "*L'azione di classe nel sistema italiano: primi spunti ricostruttivi*" in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010.

G. Scarchillo, "*Class action. Dalla comparazione giuridica alla formazione del giurista: un caleidoscopio per nuove prospettive*", Giappichelli, Torino, 2019.

G. Scarselli, "*La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*" in "*Judicium".*

G. Scarselli, "*La nuova azione di classe*" in "*La responsabilità del produttore"* a cura di G. Alpa, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

G. Scarselli, "*La nuova azione di classe*" in "*La responsabilità del produttore*" a cura di G. Alpa, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.

M. Schirripa, "*I danni puntivi nel panorama internazionale e nella situazione italiana: verso il loro riconoscimento*?" in www.comparazionedirittocivile.it, marzo 2017.

C. Scognamiglio, "*La Cassazione delinea presupposti di risarcibilità del danno non patrimoniale contrattuale nell'azione di classe*" in "*Nuova giur. civ. comm*.", 5/2019.

Selini, "*Emissioni di ossido d'azoto della Wolkswagen e vaglio di ammissibilità della class action in Italia*", in "*Danno e Responsabilità*", 2018.

V. A. Shannon, "*Harmonizing third-party litigation funding regulation*" in "*Cardozo Law Review*", 36/2015.

J. M. Shepherd, "*Ideal versus reality in third-party litigation financing*" in "*Journal of Law, Economics & Policy*", vol. 8 n. 3/2012.

J. M. Shepherd & J. E. Stone II, "*Economic conundrums in search of a solution: the functioning of third-party litigation finance*" in "*SSRN*", 5/05/2014, consultabile su: https://ssrn.com/abstract=2432610.

J. M. Shiepherd, "*Ideal versus reality in third-party litigation financing" in "Journal of Law, Economics & Policy*", vol. 8 n. 3/2012.

C. Silvestri, "*La tutela collettiva in Europa: la action de groupe francese" in "Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino.

E. Silvestri, "*Nuovi orizzonti per l'azione di classe*" consultabile sul sito giustiziainsieme.it, 17 settembre 2020.

R. Simone, "*Aspetti culturali e applicativi della class action*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee"*, a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino.

B. Sirgiovanni, "*Anatocismo e tutela degli interessi individuali collettivi*" in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010.

G. M. Solas, "*Finanziare il contenzioso: esperienze a confronto*" in "*Contratto e impresa/Europa*", 1/2016.

I. Speziale, "*La nuova azione di classe: riflessioni critiche sulla riforma"* in *"Il Corriere giuridico*" 7/2020.

A. Stadler, "A*re class actions finally (re)conquering Europe? Some remarks on Directive 2020/1828*" in "*Juridica International*", 30/2021.

M. Steintz, "*Incorporating legal claims*" in "*Notre Dame L. Rev*.", 2015.

M. Steinitz & A. Field, "*A Model Litigation Finance Contract*" in "*Iowa Law Review*", vol. 99, no. 2, January 2014.

M. Stella, "*La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840 sexiesdecies c.p.c. tra tradizione e promesse di deterrenza*" in "*Il Corriere giuridico*"12/2019.

A. Stöhr, "*The Implementation of Collective Redress – A Comparative Approach*" in "*German Law Journal*", 2020.

A. Storto, "*Il sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell'AGCM dopo il decreto legislativo 19/01/17, n. 3*" in "*Il private enforcement antitrust dopo il d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*" a cura di B. Sassani, Pacini Giuridica, Pisa, 2017.

C. Storto, "*L'appello nel giudizio di classe a tutela dei consumatori*" in "*Judicium.it*".

C. Taraschi, "*Il nuovo procedimento semplificato di cognizione*" in "*Judicium*", Pacini giuridica, 2022.

M. Taruffo, "*Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*", Milano, 2011, Giuffrè,

L. Tavormina, "*L'inibitoria collettiva a tutela dei consumatori. Mercato, concorrenza e deterrence*" in "*Contratto e impresa*", 4-5/2009.

V. Tavormina, "*La nuova class action: il coordinamento con la disciplina del codice di procedura civile*" in "*Obbligazioni e Contratti*", 4/2010.

A. P. Tedesco, "*Il problema della responsabilità civile (compensativa) in un mondo asimmetrico*" in "*Danno e responsabilità*", 5/2023.

F. Tedioli, "*Class action all'italiana atto secondo: un cantiere ancora aperto*" in "*Obbligazioni e contratti*", 12/2009.

F. Tedioli, "*Tra nuove regole e vecchi problemi la class action trova collocazione nel codice di procedura civile*" in "*Studium iuris*", 12/2019.

M-. Tedoldi, "*Next generation e rimedi collettivi*" in "*Rivista di diritto processuale*", n. 2, 1/2024.

A. Tedioli – G. M. Sacchetto, "*La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840-sexiesdecies c.p.c.*" in "*Rivista di diritto processuale*", 1/2021.

U. Tombari, "*Introduzione*" in "*Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*", a cura di V. Barsotti, F. De Dominicis, G. Pailli, V. Varano, 2020, Torino.

R. Torino, "*Il finanziamento delle azioni seriali. Esperienze straniere e azione collettiva risarcitoria*" in "*Analisi Giuridica dell'Economia*", 1/2008.

N. Trocker, "*La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*" in "*Riv. Dir. Proc*.", 2020.

R. Van den Bergh – L. Visscher, "*The preventive function of collective actions for damages in consumer law*" in "*Erasmus Law Review*", 2008.

C. Vadala, "*Azione collettiva e private antitrust enforcement*" in "*diritto.it*", 2020.

F. Valerini, "*L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano*" in "*Temi e questioni di attualità costituzionale*", a cura di S. Panizza e R. Romboli, Cedam, 2009.

D. Vanni, "*La class action e la funzione di deterrenza degli illecitti civili in prospettiva comparatistica*" in "*Il diritto amministrativo*", 2010.

L. Vasques, "*La difesa disarmata nelle cause follow on per danno antitrust. La Costituzione lo consente?*" in "*Mercato concorrenza regole*", 2013.

G. Vecchio, "*Azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi: le associazioni dei consumatori hanno più considerazione in Europa che in Italia?*", "*federalismi.it*", 13/2022.

C. Veljanovki, "*Collective ceritifcation in UK Competition Law. Commonality, Costs, Funding*" consultabile su https://ssrn.com/abstract=3191027, 11 luglio 2018.

C. Veljanovki, "*Third party litigation funding in Europe*" in "*Journal of Law, Economics & Policy*", vol. 8, 3/2012.

C. Veljanovki, "*Third party litigation funding in Europe*" in "*Journal of Law, Economics & Policy*", vol. 8, 3/2012.

S. Vincre, "*La Direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*" in "*Rivista di diritti processuale*", 2015.

L. Visscher- M. Faure, "*A law and economics prospective on the Eu Directive on representative actions*" in "*Journal of Consumer Policy*", 2021.

Vitrò S., "*La tutela collettiva: normative ed esperienze a confronto*", 2021, consultabile sul sito "*giustiziainsieme.it*".

S. Voet, "*The crux of the matter: funding and financing collective redress mechanism*" consultabile su: http://ssrn.com/abstract=2514521, 2015.

A. Zana, "*La tutela antitrust nel private enforcement: profili processuali*" in "*Il private antitrust enforcement nelle Corti milanesi: una prospettiva europea*" a cura di M. Codinanzi, J. Alberti, F. Croci, 2020.

A. Zoppini "*L'azione di classe: cenni di analisi economcia del diritto*" in "*Lineamenti giuridico-economici dell'azione di classe*", a cura di A.M. Gambino e V. Falce, Edizioni Art, Roma 2010.