

ALEXANDRA ALIOTTA

SPUNTI RICOSTRUTTIVI SULLA LEGITTIMAZIONE
AD AGIRE NELL'AZIONE DI CLASSE PREVISTA
DALL'ART. 140 *BIS* COD. CONSUMO

SOMMARIO: 1. Osservazioni introduttive. – 2. La legittimazione attiva alla luce della pre-
vigente formulazione. – 3. Possibili modelli ricostruttivi. Critica. – 4. L'attuale testo del-
l'art. 140 *bis* e la legittimazione ad agire secondo la nuova normativa. – 5. La nuova
azione di classe e il concorso di diritti ed azioni.

1. *Osservazioni introduttive.* – La *class action*, azione legale collettiva di una molteplicità di soggetti, è un fenomeno che ha avuto origine e si è sviluppato nei paesi di *Common Law*, dapprima nel Regno Unito attraverso l'istituto della *representative suit* che costituisce a tutti gli effetti l'antenato dell'odierna azione di classe, per essere in seguito recepita dagli altri ordinamenti giuridici anglosassoni.

Successivamente, sin dal diciottesimo secolo, l'azione di classe è trasmigrata negli Stati Uniti, paese strettamente legato sia sotto il profilo culturale che giuridico all'Inghilterra e dove, pertanto, l'istituto delle *representative suits* fu accolto insieme a gran parte delle norme e principi elaborati dalle corti inglesi, per essere poi, nel corso del secolo successivo, elaborato in maniera del tutto autonoma e subire un'evoluzione che lo rende a tutt'oggi uno degli strumenti peculiari del diritto processuale statunitense.

È solo in epoca recente che tale istituto è entrato via via a far parte degli ordinamenti dei paesi cosiddetti di *Civil Law*.

In Italia la prima introduzione si è avuta nel 2007, sulla scia della legge finanziaria 2008 (Legge 24 dicembre 2007, n. 244) nell'ambito della quale i commi 445-449 hanno istituito e disciplinato la nuova azione

collettiva risarcitoria, quale rimedio a favore dei consumatori ed utenti, volto ad ampliare la tutela di tipo inibitorio già prevista dal codice del consumo approvato con d.lgs. n. 206 del 2005¹. La scelta di introdurre in tal modo il nuovo istituto avalla una prassi che va prendendo sempre più corpo e che consiste nell'abitudine di inserire nella legge di bilancio normative ad essa estranee, allo scopo di ottenerne l'approvazione in fretta e senza meditate discussioni.

Quale che sia stato il veicolo prescelto per la sua introduzione, è certo che si tratta di una novità assoluta nel nostro ordinamento giuridico che in tal modo si è adeguato, sia pure attraverso una disciplina peculiare, ad analoghe forme di tutela collettiva che da tempo caratterizzano altri ordinamenti giuridici.

Il riferimento è, oltre che alla già citata *class action* nordamericana, anche alla *Verbandsklage*, azione collettiva introdotta negli ordinamenti europei di derivazione romanistica.

Il nuovo art. 140 *bis* è stato così inserito nel codice del consumo nel quadro di un innalzamento dei livelli di tutela di consumatori ed utenti conformemente ai principi stabiliti dalla normativa comunitaria, come recita il comma 445 dell'art. 2 della l. 244/2007 che funge da prologo al successivo comma 446 che contiene la prima disciplina del nuovo istituto.

L'introduzione nel nostro ordinamento di una azione collettiva che, da un versante esclusivamente inibitorio, passa ad una tutela di tipo risarcitorio non è stata scevra di dubbi e preoccupazioni a fronte delle problematiche che il nuovo istituto crea.

Non si può, infatti, trascurare l'impatto che un rimedio del tutto nuovo ha rispetto a quelli che sono gli alvei sistematici nell'ambito dei quali è destinato ad essere applicato.

¹ Tanto la denominazione quanto la disciplina prevista dalla l. 244/2007 caratterizzano una azione che introduce un giudizio collettivo limitato all'accertamento delle questioni comuni, senza possibilità di arrivare alla liquidazione delle somme dovute a titolo risarcitorio. Per un esame delle diverse posizioni relative all'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria prevista dall'art. 140 *bis* c. cons. originaria formulazione si v. fra tutti ALPA, *L'azione collettiva risarcitoria. Alcune riflessioni di diritto sostanziale*, in *Corr. mer.*, 2008, 765; CHIARLONI, *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Giur. it.*, 2008, 1842; COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis cod. consumo*, in *Foro it.*, 2008, V, 17; GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 213 ss.; ID., *L'azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 339; ID., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1227 ss.

Se, infatti, il codice del consumo, nel cui corpo si trova il nuovo art. 140 *bis*, rappresenta senza dubbio l'immediato contesto sistematico di riferimento, lo stesso codice non può non essere inserito in un contesto sistematico unitario che coinvolge sia profili di diritto processuale che di diritto sostanziale.

In questa sede ci si propone di analizzare il nuovo istituto tentando di approfondire le problematiche che esso offre sotto un profilo esclusivamente processualcivilistico dal momento che esso deve necessariamente coordinarsi con il sistema delle azioni a tutela dei diritti già previste dal codice di rito.

L'analisi non può che passare attraverso le diverse discipline che la nuova azione collettiva risarcitoria, nonostante la sua breve vita, ha già subito, essendone non solo stata più volte slittata l'entrata in vigore, ma essendo anche stata di recente modificata attraverso il Disegno di legge Sviluppo definitivamente approvato il 9 luglio 2009 e, da ultimo, con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27.

Le citate modifiche, più che intervenire marginalmente, hanno totalmente stravolto l'originaria impostazione dell'istituto e lo hanno maggiormente definito nella sua struttura e funzione avvicinandolo al modello della *class action* americana².

È opportuno osservare che, sin dai suoi primi anni di vita, e nonostante la mancanza di una prassi applicativa che consentisse di approfondire alcuni aspetti, l'azione collettiva risarcitoria ha suscitato un vivace dibattito dottrinale che ha investito i singoli aspetti della sua disciplina, e, ancor prima, la stessa opportunità della sua introduzione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano.

Tra le considerazioni di carattere generale, un breve cenno può farsi relativamente al fatto che il nuovo art. 140 *bis*, in quanto rimedio di carattere restitutorio-risarcitorio, si presenta come assai più invasivo, rispetto ai rimedi di carattere inibitorio già previsti dal codice del con-

² Per un'analisi comparatistica degli aspetti essenziali dell'azione di classe italiana cfr. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis c.cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 595; PROTO PISANI, *Apunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, in *Foro it.*, 2010, V, 251 ss.; PUNZI, «L'azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 253 ss.; TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim.*, 2011, 103 ss.; SANTANGELI-PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140 cod. cons.*, in AA.VV., *Futuro, giustizia, azione collettiva, mediazione*, a cura di VIGORITI e CONTE, Torino, 2010, 207.

sumo, nella sfera giuridica ma soprattutto economica del convenuto, ovvero delle imprese.

In questa prospettiva, l'esercizio di una azione di classe potrebbe avere come risultato quello di mettere in ginocchio, esponendole a risarcimenti milionari, le imprese convenute, le quali per evitare di correre questo rischio si vedrebbero il più delle volte costrette a transigere indipendentemente dalla fondatezza della pretesa risarcitoria e, quindi, della domanda di classe.

Quanto detto trova ampia conferma nell'analisi comparatistica della prassi applicativa che analoghi istituti hanno avuto negli ordinamenti esteri (l'esempio tipico è la *class action* nordamericana).

La nuova azione collettiva risarcitoria prima, e di classe ora, quindi, dietro il miraggio di un ampliamento di tutela del consumatore, e come necessario risvolto della medaglia, potrebbe palesare la sua veste ricattatoria e nuocere fortemente alle imprese e, su questa strada, alle attività economiche esercitate nel nostro paese.

Passando all'esame della disciplina normativa contenuta nell'art. 140 *bis*, un primo aspetto su cui ci si intende soffermare è quello dell'individuazione dei soggetti legittimati ad esperire l'azione collettiva e della classificazione sotto un profilo ricostruttivo di tale tipo di legittimazione attiva³.

In via generale può dirsi che mentre la legittimazione ad agire spetta, di regola, al titolare del diritto, in questo caso vengono in gioco anche enti esponenziali non titolari dei diritti individuali lesi, e ciò avviene in considerazione del carattere collettivo o diffuso degli interessi coinvolti.

La questione assume una veste problematica sol che si consideri che nell'ordinamento vigente la tutela delle pretese che pure abbiano rilevanza per un gruppo indefinito di soggetti, fatte salve alcune eccezioni, è rimessa in via esclusiva all'azione individuale con la quale il singolo fa valere in giudizio il suo diritto chiedendo l'emanazione di un provvedimento a lui vantaggioso⁴.

³ Trattasi di un profilo di grande interesse nell'ambito di un processo "individuale" strettamente ossequioso del principio della domanda e del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, e dove, di regola, la natura individuale dell'interesse fatto valere trova corrispondenza nella possibilità di dare impulso al meccanismo giurisdizionale promuovendo l'azione. Cfr. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO, 1980, II, 3 ss.; CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 72.

⁴ Cfr. MENCHINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti*

Sul punto, l'attuale versione, introdotta dalla novella del 2009, contiene importanti novità rispetto all'originaria formulazione dell'art. 140 *bis* che merita comunque di essere analizzata in quanto ha offerto spunti di riflessione e modelli ricostruttivi che, per quanto ormai superati dalla nuova disciplina, non mancano di interesse.

2. *La legittimazione attiva alla luce della previgente formulazione.* – La scelta del criterio di attribuzione della legittimazione a proporre l'azione collettiva risarcitoria, secondo la denominazione che l'istituto ha assunto all'origine, è stata oggetto di un vivace dibattito politico e dottrinale che ha poi condotto all'introduzione dell'originario testo dell'art. 140 *bis* del codice del consumo con l'approvazione della legge 244/2007, successivamente modificato, come già accennato, con la l. 23 luglio 2009, n. 99.

Al centro della discussione vi era da un lato, con espreso richiamo alla *class action* americana, la tentazione di prevedere una legittimazione ad agire diffusa ed individuale, dall'altro, l'opportunità di propendere, piuttosto, per una legittimazione spettante solo ad enti esponenziali degli interessi collettivi, come d'altronde già previsto nel nostro ordinamento giuridico per le azioni collettive inibitorie *ex artt.* 139 e 140 del codice del consumo.

La scelta operata dal legislatore della finanziaria 2008 aveva voluto costituire una via di mezzo tra i due possibili modelli alternativi. Infatti, a norma dei primi due commi del precedente testo dell'art. 140 *bis*, la legittimazione a proporre la domanda collettiva spettava non solo alle associazioni dei consumatori e degli utenti riconosciute, ovvero quelle già iscritte, previa verifica dei requisiti di idoneità e rappresentatività, in apposito elenco presso il Ministero delle attività produttive, ma anche alle altre associazioni e comitati comunque «*adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere*».

In realtà il testo inizialmente approvato alla Camera era ben più restrittivo in quanto escludeva i comitati e nel contempo attribuiva la legittimazione attiva anche ad altre associazioni diverse da quelle già iscritte previa, però, formale verifica ed attribuzione in via amministrativa della loro idoneità alla tutela dell'interesse collettivo.

Questa impostazione dimostrava chiaramente una predilezione, nella

scelta degli enti legittimati, per un criterio formale che non desse rilievo al profilo sostanziale di effettiva tutela degli interessi di classe che non fosse sancita da un riconoscimento espresso in sede amministrativa.

La limitazione lasciava qualche perplessità poiché da un lato determinava una disparità di trattamento tra le associazioni di categoria, favorendo quelle che tutelano interessi specifici rispetto a quelle generaliste, e dall'altro limitava, di fatto, il diritto all'associazionismo ed all'azione.

È pur vero che la restrizione era correlata alla mancata previsione in quel progetto di un filtro giudiziale di ammissibilità che verificasse l'effettiva rappresentatività da parte dell'ente dell'interesse leso, poi introdotto nel testo definitivo.

Sta di fatto che, per le ragioni esposte, il conferimento della legittimazione attiva alle sole associazioni, per così dire, accreditate, venne subito fortemente criticato in quanto indebitamente limitativo.

Tali critiche, positivamente recepite, hanno condotto, in sede di approvazione del testo definitivo da inserire nel corpo della legge finanziaria 2008, ad un ampliamento del novero dei soggetti legittimati, ricomprendendo non solo le associazioni di cui al comma 1° dell'art. 139 del c.d.c. ma anche le ulteriori associazioni e comitati a condizione di una adeguata rappresentatività dell'interesse collettivo fatto valere.

Questa estensione dei soggetti legittimati ai sensi dei primi due commi del testo definitivo dell'art. 140 *bis* entrato in vigore con la l. 244/2007 trovava, come già accennato, un opportuno bilanciamento nella previsione di una verifica di ammissibilità da parte del Tribunale competente che, a norma del successivo comma 3° dello stesso articolo, riguardava in primo luogo l'esistenza di un interesse collettivo meritevole di tutela attraverso l'esperimento di questo rimedio, ma che, nel caso delle associazioni e comitati non riconosciuti, non poteva non includere in via preliminare la verifica della loro idoneità a rappresentare l'interesse stesso.

Si era, pertanto, scartato il modello di selezione preventiva per via amministrativa delle associazioni ulteriormente abilitate all'instaurazione dei giudizi collettivi risarcitori in favore di una verifica giurisdizionale *ex post* del detto requisito.

Per inciso si precisa che tale giudizio di ammissibilità della domanda collettiva è sopravvissuto alla modifica dell'art. 140 *bis* ad opera della l. 99/2009, e si ritrova nella sua attuale formulazione sia pure con qualche differenza per ciò che concerne l'oggetto della verifica che il giudice è chiamato a svolgere nella prima udienza.

Tornando al primitivo testo dell'art. 140 *bis*, si può affermare, a proposito della cennata disputa sulla scelta del criterio di legittimazione, che, quali che fossero gli enti abilitati all'esercizio dell'azione di classe, la scelta del legislatore era stata quella di non estendere tale legittimazione al singolo consumatore, distaccandosi sotto questo profilo dal modello americano⁵.

L'opzione per una legittimazione non diffusa dipendeva, verosimilmente, dal fatto che il riconoscimento della legittimazione anche per gli individui portatori di un interesse di classe sembrava una scelta troppo coraggiosa, e forse inappropriata, per un ordinamento, come quello italiano, che non vanta nell'ambito della propria tradizione giuridica uno strumento come l'azione di classe. Su questa via saremmo giunti troppo velocemente, e forse prematuramente, ad un'assimilazione al modello nordamericano ove, dietro all'iniziativa del singolo individuo c'è sempre un potente studio legale che rappresenta il vero agente⁶.

Al riguardo si dà atto che qualche Autore ha osservato che l'attribuzione della legittimazione anche a comitati costituiti *ad hoc*, e il cui numero dei componenti può anche essere minimo, alla fine costituiva una scelta solo apparentemente più prudente, ma nella sostanza non troppo lontana da quella di attribuire la legittimazione al singolo *sic et simpliciter*⁷.

Sarà per questo che l'ostilità per il criterio di legittimazione ad agire diffusa ed individuale è stata abbandonata con la modifica del primitivo testo dell'art. 140 *bis* ad opera della legge citata che, prevedendo importanti novità proprio sull'oggetto della nostra analisi, ha espressamente previsto che il singolo consumatore direttamente leso possa agire in prima persona senza il necessario ricorso ad enti esponenziali più o meno riconosciuti, relegato, ormai, a mera eventualità⁸.

⁵ Sul punto cfr. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, 57, che osserva che, nonostante il generale e diffuso *favor* per la disciplina delle *class actions* statunitensi, l'originario testo dell'art.140 *bis* aveva scelto di discostarsi da tale modello sul punto della legittimazione ad agire, escludendo il consumatore dal novero dei legittimati. Per le critiche a tale scelta si v. CARRATTA, *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 721 ss.

⁶ Si v. MENCHINI, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in questa *Rivista*, 2008, I, 45.

⁷ Fra gli altri si veda BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria (art.140 bis Codice del Consumo)*, Torino, 2008, 13 ss.

⁸ Infatti, l'attuale formulazione dell'art. 140 *bis*, 1° comma, prevede che "(.....) A

3. *Possibili modelli ricostruttivi. Critica.* – Prima di analizzare la legittimazione ad agire così come disciplinata dal nuovo ed attuale testo dell'art.140 *bis* del cod. cons., è opportuno soffermarsi, sia pur brevemente, sulle prospettive ricostruttive offerte dalla dottrina sotto il vigore della precedente formulazione (v. *supra*).

Esse, infatti, coinvolgendo istituti processuali da sempre oggetto di vivace dibattito, si manifestano di grande interesse per gli addetti ai lavori, tanto più che alcune ipotesi sul fondamento di tale legittimazione sono state da vari autori riproposte e mantenute anche con riferimento alla nuova, e certamente diversa, formulazione.

Come anzidetto secondo il 1° comma dell'art. 140 *bis* introdotto con la finanziaria 2008 i soggetti legittimati a promuovere l'azione collettiva risarcitoria erano le associazioni di cui al 1° comma dell'art. 139 del c.d.c (quelle accreditate) nonché i soggetti di cui al 2° comma dello stesso articolo, ovvero le altre associazioni o comitati adeguatamente rappresentativi dell'interesse di classe.

In ogni caso trattavasi di enti non direttamente titolari del diritto leso fatto valere in giudizio, ossia di un caso di dissociazione tra titolarità dell'azione e titolarità della posizione giuridica sostanziale dedotta in lite.

Normalmente i due profili risultano coincidenti di modo che il potere di azione risulti sempre attribuito al titolare della situazione giuridica contesa.

Per tale ragione, questa non coincidenza tra il soggetto titolare dello *ius agendi* ed il numero, potenzialmente indeterminato, di consumatori o utenti portatori delle pretese creditorie, aveva suscitato l'interesse della dottrina che ha cercato di inquadrare il fenomeno attraverso l'utilizzo di istituti processuali ben noti.

Il riferimento è in primo luogo alla sostituzione processuale *ex art. 81 c.p.c.* ed alla rappresentanza volontaria *ex art. 77 e ss. c.p.c.*

La prima, come è noto, si distinguerebbe dalla seconda perché il sostituto a differenza del rappresentante acquista in proprio la qualità di parte ed ha una propria ed autonoma legittimazione ad esercitare il diritto altrui.

A favore della configurazione, nel caso di specie, di un'ipotesi di so-

tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni”.

stituzione processuale si è espressa autorevole parte della dottrina⁹ qualificando l'associazione o il comitato agente come sostituto processuale dei consumatori o utenti lesi che, attraverso l'adesione all'azione collettiva, accettano che l'ente eserciti in nome proprio il loro diritto alla restituzione ed al risarcimento dei danni.

Ora, a voler del tutto prescindere in questa sede da ogni considerazione relativa alla consistenza dogmatica sotto il profilo processual-civiltistico dell'istituto della sostituzione processuale¹⁰, non v'è chi non veda la profonda contraddizione in cui incorre chi sostiene che essa si configuri nell'ipotesi dell'attore collettivo *ex art. 140 bis* prima stesura.

Infatti, tutti i casi che tradizionalmente si riconducono alla c.d. sostituzione processuale, sono tutti casi di litisconsorzio necessario del sostituto *ex art. 102 c.p.c.* poiché il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa impongono che il titolare del diritto venga sempre chiamato in causa in un processo vertente sullo stesso.

Tant'è vero che chi contesta fortemente la categoria della sostituzione processuale utilizza l'argomento per rilevare che «*il sostituto è tanto poco sostituito che se ne impone necessariamente la chiamata in causa (...)*»¹¹.

Orbene, la disposizione normativa in esame non prevedeva la partecipazione dei singoli consumatori titolari del diritto come parti in senso formale nella causa introdotta dall'attore collettivo, per cui si prescindeva del tutto dall'estensione del contraddittorio ai soggetti c.d. sostituiti¹².

⁹ BRIGUGLIO, *L'azione*, cit., 15 ss. Ovviamente questa ricostruzione sarebbe stata possibile solo ove all'esercizio dell'azione collettiva fosse seguita sempre una o più adesioni da parte dei soggetti lesi, ipotesi questa relegata a mera eventualità dalla originaria disciplina normativa in esame che sembrava legittimare una azione dell'ente proponente esercitata in virtù del potere conferitogli dalla legge di tutelare direttamente l'interesse di categoria quale interesse superindividuale che trascende quello del singolo.

Ciò comunque non ha impedito ai fautori di questa impostazione di inquadrare la legittimazione ad agire delle associazioni come uno dei casi di legittimazione c.d. straordinaria a far valere un diritto altrui, ovvero di sostituzione processuale.

¹⁰ Cfr. SATTA, *Commentario del c.p.c.*, Milano, 1966, I, 355, ove si parla della sostituzione processuale come una "risibile ipotesi" cui qualche autore ricorre quando vuole trovare un caso di legittimazione distinto dall'esistenza del diritto. Nello stesso senso si v. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*⁶, I, Padova, 2012, 163. L'A. in maniera convincente rileva come i presunti casi di sostituzione processuale lungi dall'essere casi in cui la legge consente ad altri di esercitare giudizialmente un diritto altrui, sono in realtà casi in cui il c.d. sostituto processuale agisce per la difesa di una posizione giuridica propria ed in virtù di una facoltà conferitagli dalla legge.

¹¹ Si cita testualmente MONTELEONE, *Manuale*, I, cit., 164.

¹² Questa considerazione è opportunamente sottolineata da CONSOLO, BONA e BUZ-

Questo argomento, a parere di chi scrive, decisiva al fine di escludere l'assimilazione della legittimazione collettiva ai casi di presunta sostituzione processuale, è stata del tutto trascurata da chi la riteneva configurabile nel caso di specie, e che risolveva la contraddizione palese dicendo che trattavasi di ipotesi eccezionali di sostituzione processuale senza litisconsorzio necessario dei sostituiti¹³.

Ciò ha indotto taluno, sulla base di questa evidenza, a prospettare un'ipotesi di sostituzione processuale «*sottoposta a condizione sospensiva*», laddove l'evento futuro ed incerto, perché la sentenza faccia stato nei confronti dei sostituiti, è la loro adesione espressa nelle forme di legge¹⁴.

Questa ulteriore astrazione, resasi necessaria date le incongruenze e i problemi cui il ricorso alla sostituzione processuale dà luogo nel caso analizzato, rende ancor più palese l'inidoneità della stessa a fondare il potere di azione dell'ente legittimato, e la necessità di superare queste impostazioni cercando altrove.

Altra parte della dottrina¹⁵, sulla base delle considerazioni svolte, ha preferito abbandonare il ricorso all'art. 81 c.p.c. per fondare la legitti-

ZELLI, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, 83 ss., ove il dato è utilizzato quale argomento *a contrario* al fine di escludere che possa in questa ipotesi parlarsi di sostituzione processuale.

¹³ In questo senso BRIGUGLIO, *L'azione*, cit., 15. L'argomento, per la verità, appare un po' debole in quanto il ricorso al criterio dell'eccezione non appare certo idoneo a giustificare la mancanza dei presupposti applicativi di un istituto normativo.

In realtà, invece, la necessaria correlazione tra sostituzione processuale e litisconsorzio necessario del sostituito (non presente in questa ipotesi), di modo che l'una non possa esistere senza l'altro, induce, anzi impone, di abbandonare la categoria processuale della sostituzione quale ipotesi per un corretto inquadramento della legittimazione ad agire dell'attore collettivo.

Oltretutto il ricorso alla sostituzione processuale non risolve nulla e appare di nessuna utilità pratica. Tanto più che questa analisi presupporrebbe sempre e comunque che, al momento della proposizione della domanda, siano identificati i consumatori aderenti all'azione (che dovrebbero essere i sostituiti), ipotesi meramente eventuale visto che l'adesione può essere successiva all'esercizio della stessa, ed anche non verificarsi mai.

¹⁴ Cfr. AMADEI, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali e omogenei*, in *www.judicium.it*.

¹⁵ Si v. CAPONI, *Litisconsorzio aggregato. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *www.judicium.it*. L'A. afferma come tra l'associazione che esercita l'azione in forma collettiva e l'aderente sorga un rapporto obbligatorio fondato su un contratto qualificabile come mandato con rappresentanza.

mazione delle associazioni o comitati (*ex art. 140 bis* vecchio testo) attraverso l'istituto della rappresentanza *ex artt. 77 e ss. c.p.c.*

Si tratta della rappresentanza volontaria che si basa sul conferimento dei poteri rappresentativi dal rappresentato al rappresentante in virtù del quale quest'ultimo è abilitato ad agire in nome e per conto del primo.

Secondo questa ricostruzione, che individua nel rapporto tra ente e consumatore-utente un'ipotesi di rappresentanza processuale volontaria, l'attore collettivo eserciterebbe l'azione in rappresentanza dei consumatori e tale potere di rappresentanza troverebbe la sua fonte nell'adesione prevista dalla legge quale vero e proprio mandato scritto a favore dell'ente-rappresentante¹⁶.

La tesi non convince, in primo luogo perché anch'essa non tiene adeguato conto del fatto che l'associazione possa agire in giudizio pur in mancanza di adesioni che, in base alla previgente formulazione, che qui si sta esaminando, potevano essere presentate fino all'udienza di precisazione delle conclusioni.

Pertanto non si comprende come l'associazione agente potrebbe mai spendere il nome di soggetti ancora ignoti, così come, in riferimento alla precedente corrente dottrina, non si comprende quali soggetti dovrebbe sostituire.

A parte questa immediata considerazione, e passando ad esaminare le conseguenze sul piano processuale dell'inquadramento della legittimazione dell'ente in termini di rappresentanza volontaria, va detto che ove si accettasse una simile impostazione, dovrebbe concludersi che il consumatore-rappresentato potrebbe in qualunque momento intervenire nel processo instaurato per suo conto dal rappresentante estromettendolo dal giudizio, o semplicemente sostituendolo.

È palese che questo non poteva accadere in un processo instaurato *ex art. 140 bis* (vecchio testo), per cui se ne deve dedurre che abbracciare la tesi della rappresentanza volontaria implicherebbe la formulazione delle solite eccezioni e deroghe che, svuotando l'istituto del suo contenuto normativo, finirebbero per rendere del tutto inutile e senza senso il ricorso allo stesso¹⁷.

Le considerazioni svolte rendono improprio, esattamente come per la sostituzione processuale, qualunque riferimento nel caso di specie alla rappresentanza *ex art. 77 c.p.c.*

¹⁶ Si v. MENCHINI, *La nuova azione*, cit., 57 e ss.

¹⁷ Cfr. BRIGUGLIO, *L'azione*, cit., 18.

Resta da dare conto di altra autorevole dottrina, confortata anche dalla giurisprudenza¹⁸, che sostiene che l'associazione o comitato, nella qualità di ente esponenziale degli interessi di categoria, è abilitato ad agire direttamente per la tutela degli stessi in virtù di un potere riconosciuto dalla legge, senza che sia necessario ricorrere agli istituti della sostituzione o della rappresentanza processuale.

Le associazioni, pur non essendo titolari dei diritti portati in giudizio, agiscono a tutela degli interessi superindividuali e nell'esercizio di un diritto loro proprio di tutelare gli interessi collettivi dei consumatori o utenti.

La tesi appare apprezzabile soprattutto in riferimento ai casi, astrattamente possibili, di esercizio di azione collettiva cui non seguano le adesioni dei singoli consumatori o utenti lesi, perché trova il fondamento della legittimazione dell'ente in una facoltà ad esso attribuita direttamente dalla legge.

L'ipotesi appena prospettata, però, per quanto in teoria possibile, è di improbabile verificazione nella realtà poiché è verosimile che l'associazione proponente, prima ancora di esercitare l'azione si procuri il maggior numero possibile di adesioni per dar forza alla domanda collettiva, e che soprattutto, a fronte della violazione di un interesse collettivo di particolare importanza, vi sia un numero potenzialmente elevato di soggetti lesi che, lungi dal rimanere dietro le quinte, non aspettano altro che agire a tutela del loro diritto procurandosi un giudicato favorevole che faccia stato nei loro confronti.

Qualunque ricostruzione dottrinarina avente ad oggetto la legittimazione ad agire dell'attore collettivo deve pertanto prendere le mosse dalla situazione normale di una *class action* cui aderiscano i soggetti destinatari del comportamento lesivo.

In relazione a tale ipotesi anche quest'ultima ricostruzione, come le altre in precedenza prospettate, appare insoddisfacente in quanto quando uno o più consumatori aderiscono all'azione promossa dalle associazioni di categoria, il giudizio ha per oggetto, non l'astratta tutela dell'interesse collettivo di cui queste sono portatrici, ma la tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei singoli aderenti.

4. *L'attuale testo dell'art. 140 bis e la legittimazione ad agire secondo*

¹⁸ Cass. s.u. 28 marzo 2006, n. 7036 (ord.), in *Foro it.*, 2006, 1, 1713.

la nuova normativa. – Dopo aver analizzato la disciplina previgente dell'istituto in esame, e fatto un doveroso *excursus* delle principali ipotesi ricostruttive formulate dalla dottrina più autorevole sulla legittimazione collettiva prevista in quel contesto normativo, è necessario procedere all'esame dell'attuale formulazione dell'art. 140 *bis*.

Essa appare di grande rilevanza per l'argomento di cui trattasi, poiché contiene importanti e significative novità proprio sul profilo della *legitimatio ad causam*.

La novella introdotta dalla legge n. 99/2009, infatti, ha radicalmente mutato prospettiva rispetto al precedente testo dell'art 140 *bis*, 1° comma, annoverando fra i soggetti legittimati a promuovere il giudizio i singoli consumatori danneggiati.

Questi, secondo la nuova disciplina, conservano la possibilità di avvalersi di associazioni cui conferiscono apposito mandato o di comitati cui partecipano, ma tale ipotesi è relegata ad una mera eventualità lasciata alla discrezionalità del soggetto leso.

Come già accennato, l'attuale norma diverge sensibilmente da quella precedente, in base alla quale, invece, l'azione era esercitabile, non dal singolo appartenente alla classe, ma solo da una associazione consumeristica accreditata o da un comitato costituito *ad hoc*.

Oggi, quindi, ai consumatori o utenti lesi è lasciata la scelta se procedere in via individuale promuovendo un ordinario giudizio di cognizione, o seguire, ricorrendone i presupposti, la via dell'azione di classe. Anche in quest'ultima ipotesi essi conservano una duplice opzione, potendo decidere di promuoverla direttamente o attraverso associazioni munite di apposito mandato o comitati di cui fanno parte.

È quanto mai palese il cambio radicale di approccio e con esso l'abbandono delle vecchie remore riguardanti l'inopportunità, ed anche la pericolosità, di creare un'azione di classe italiana che, ispirandosi completamente al modello nordamericano¹⁹, ne portasse tuttavia con sé tutti gli inconvenienti

¹⁹ La mutata prospettiva, sulla linea del modello nordamericano, è sottolineata tra gli altri da DONZELLI, *L'azione di classe*, cit., 44. L'A. osserva che la natura del nuovo istituto è resa palese già dalla rubrica della disposizione in esame (non più «azione collettiva risarcitoria», bensì «azione di classe»). Inoltre, aggiunge, il testo della norma, in alcune disposizioni, riproduce quasi letteralmente la *rule 23* delle *Federal rules of civil procedure* statunitensi, come quando prescrive i requisiti di ammissibilità dell'azione o disciplina la gestione del processo di classe onde evitare ripetizioni e complicazioni nella presentazione di prove.

Risultato di questa mutata prospettiva è che, quelli che prima erano gli indiscussi protagonisti dell'azione collettiva risarcitoria (associazioni o comitati), diventano, nella nuova azione di classe, soggetti di assoluto secondo piano visto che la loro legittimazione attiva è meramente potenziale e subordinata alla discrezionalità del soggetto leso il quale, essendo il principale legittimato, può anche decidere di non conferire loro alcun mandato.

Il singolo consumatore, dunque, da mero destinatario passivo della tutela, diventa leva propulsiva della stessa, abolendo una posizione di privilegio riconosciuta per anni agli enti esponenziali stabilmente organizzati²⁰.

Sulla base delle novità legislative non stupisce che, in linea con esse, si sia pensato di rubricare diversamente il nuovo art. 140 *bis*: ci troviamo di fronte non più all'azione collettiva risarcitoria della legge 244/2007, bensì ad una «azione di classe».

Al di là delle critiche che tale mutata denominazione ha suscitato²¹, è chiaro che la nuova rubrica assume il significato di spostamento del rimedio a tutela dei consumatori dal quadro delle azioni collettive di matrice europea, al quadro delle vere e proprie azioni di classe sul modello nordamericano²². Infatti caratteristica principale di quest'ultime è, come stabilito ormai dalla nuova disciplina in esame, l'attribuzione della legittimazione ad esperire il rimedio direttamente al singolo soggetto leso, che sappiamo poi di fatto tradursi, nell'esperienza americana, nell'azione esercitata per suo conto da un potente studio legale nel tentativo, spesso fruttuoso, di mettere in ginocchio l'impresa convenuta²³.

È pur vero che la scelta operata dal legislatore, attraverso l'attribuzione della legittimazione al singolo, di abbandonare, almeno sotto que-

²⁰ TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim.*, 2011, 103 ss.

²¹ Fra gli altri si v. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro.it.*, 2009, V, 383.

²² Nello stesso senso CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai e a tutti e in pieno il suo volto, l'art.140 bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, 1297.

²³ Un'analisi approfondita circa il significato della modifica legislativa e la stretta correlazione tra la nuova locuzione "azione di classe" e l'attribuzione della legittimazione al singolo consumatore è svolta da PUNZI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 253 e ss. Si v. anche SANTANGELI e PARISI, *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art.140 bis cod. cons.*, in *www.judicium.it*, 15 ss.

sto aspetto, il modello europeista di tutela collettiva risarcitoria per orientarsi verso il modello della *class action* nordamericana, non consente di affermare che si è in presenza di una totale assimilazione dell'istituto nostrano a quest'ultima, posto che non è solo l'applicazione di talune soluzioni normative tipiche del modello d'oltre oceano che può trasformare lo strumento processuale italiano nel corrispondente strumento usato nei paesi di *common law*.

Ed, invero, la *class action* nordamericana è caratterizzata non solo dalla peculiare attribuzione della legittimazione ad agire ai singoli, ma anche da tutta una serie di soluzioni processuali che la differenziano sensibilmente dall'istituto in esame e che in questa sede non è il caso di approfondire²⁴.

Tuttavia, l'avvenuta estensione della *legitimatio ad causam* voluta dalla l. 99/2009 non è detto che non produca anche all'interno di un contesto socio economico così diverso, quegli effetti distorsivi tipici del rimedio nordamericano.

Vi è il pericolo che la legittimazione del singolo si traduca anche qui in una serie di abusi resi possibili dall'inevitabile chiamata in causa degli studi legali (stante la perdita da parte delle associazioni rappresentative del loro ruolo) che potrebbero intravedere nella promozione di un'azione di classe, più o meno fondata, rilevanti possibilità di lucro.

Ciò equivale a dire che la novità legislativa, pur da taluni positivamente accolta, potrebbe alla lunga portare ad esprimere nei confronti della *class action* italiana lo stesso giudizio di disvalore espresso da molti nei confronti di quella americana.

Al di là di queste considerazioni, e tornando alla disciplina prevista dalla novella del 2009, abbiamo visto come il consumatore o utente leso,

²⁴ Sulla non totale ammissibilità della azione di classe italiana a quella statunitense cfr. MENCHINI e MOTTO, *Art. 140 bis*, in *www.judicium.it*, 4 ss. Gli AA. osservano che un esame attento dell'istituto nostrano evidenzia che a tratti sembrano sfumare i caratteri tipici dell'azione di classe e riemergere i contorni dell'azione collettiva, come quando, ai sensi del 12° comma dell'art. 140 *bis*, si prevede che possa essere emessa una sentenza, che si limiti ad accertare la responsabilità del convenuto e a determinare il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione dei singoli crediti. Tale disposizione colloca il rimedio in esame a metà strada tra le azioni di classe vere e proprie e le azioni collettive, di cui è caratteristica pregnante l'essere limitate all'accertamento dell'illecito plurioffensivo, senza, tuttavia, arrivare alla condanna al risarcimento del danno ed alla sua liquidazione.

ove non voglia avvalersi della possibilità di esercitare personalmente e direttamente l'azione, possa sempre rivolgersi ad associazioni o comitati.

Va rilevato, tuttavia, che, a differenza del previgente testo dell'art. 140 *bis*, si assiste alla caduta del privilegio prima spettante alle associazioni munite di riconoscimento ministeriale, il cui accreditamento le sottraeva al controllo del tribunale sotto il profilo della rappresentatività (controllo invece d'obbligo per i comitati costituiti *ad hoc*)²⁵. Esse, infatti, non soltanto sono legittimate ad agire solo in via secondaria rispetto alla legittimazione del singolo e subordinatamente alla volontà dello stesso, ma inoltre sono del tutto equiparate alle altre associazioni o comitati privi di riconoscimento amministrativo, potendo il soggetto agente determinarsi autonomamente nella scelta dell'ente, fra i tanti, cui conferire il mandato.

Quanto detto si deduce dal fatto che nella nuova normativa nulla è specificato circa la forma giuridica che le associazioni o comitati devono rivestire e nessun riferimento esplicito è fatto alle associazioni di cui al 1° comma dell'art. 139 cod. cons. (quelle riconosciute).

Pertanto la natura giuridica di «associazione» o «comitato» *sic et simpliciter* appare l'unico presupposto essenziale per potere ricevere il mandato da parte del consumatore *ex art. 140 bis*, 1° comma.

Essa è, tuttavia, una condizione necessaria ma non sufficiente, essendo la legittimità dell'ente a promuovere l'azione sottoposta al controllo del Tribunale che, all'esito della prima udienza, in sede di verifica dell'ammissibilità della domanda, accerta che il proponente appaia in grado di curare adeguatamente gli interessi della classe (art. 140 *bis* n. 6).

Sotto questo profilo, se è vero che le associazioni riconosciute hanno perso la loro legittimazione privilegiata, è anche vero che, una volta ricevuto il mandato ad esercitare l'azione, avranno, in virtù del riconoscimento previamente ottenuto, meno da temere rispetto ad altre associazioni dalla verifica operata dal Tribunale circa la loro attitudine alla cura dell'interesse collettivo.

Così delineata la nuova disciplina del 1° comma dell'art. 140 *bis*, può procedersi ad una breve rassegna delle elaborazioni dottrinarie che lo hanno preso in esame.

Va rilevato come la nuova normativa abbia fatto riaffiorare dispute mai sopite circa il problematico inquadramento della legittimazione ad agire dell'attore collettivo, soprattutto, ma non solo, per l'ipotesi, ancora

²⁵ Si v. *op. cit.*, 12.

attuale in cui il soggetto leso si rivolga per la tutela del proprio interesse ad associazioni o comitati.

A parte qualche opinione un po' più originale²⁶, la maggior parte della dottrina ha fatto riferimento agli istituti della sostituzione processuale e della rappresentanza già chiamati in causa sotto il vigore della vecchia disciplina.

La sostituzione processuale è stata invocata da alcuni autori i quali hanno sottolineato come, nel caso di azione promossa dal singolo consumatore, questi agisca in una duplice veste: da un lato in proprio per ottenere la condanna al risarcimento del danno subito, dall'altro agisce anche quale sostituto processuale della classe dei danneggiati che abbiano successivamente aderito alla sua azione²⁷.

Questa lettura ha il merito di cogliere un aspetto alquanto significativo dell'istituto con riguardo alla titolarità del potere di azione. È indubbio, infatti che, nella fattispecie in esame, il singolo consumatore è in grado di dare impulso ad un giudizio volto ad apprestare tutela giurisdizionale ad un proprio diritto ma anche, e soprattutto, a diritti di spettanza di tutti gli appartenenti alla classe di consumatori²⁸.

Tuttavia la non riconducibilità all'istituto di cui all'art. 81 c.p.c. è resa palese dalla constatazione che non ricorrono, nel caso di specie, i tratti qualificanti della sostituzione processuale, ovvero la necessaria partecipazione al giudizio del c.d. sostituto e la produzione degli effetti del giudizio in capo allo stesso indipendentemente dalla sua volontà²⁹.

²⁶ Un contributo interessante che esce un po' fuori dal coro è fornito da CAPONI, *La riforma della "class action". Il nuovo testo dell'art.140 bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, in *www.judicium.it*. L'A. che già aveva analizzato il problema sotto il vigore della precedente disciplina, ripropone la tesi secondo cui l'azione di classe crea una nuova figura di litisconsorzio facoltativo che si può definire "aggregato", in quanto dà luogo a una aggregazione di azioni seriali (per il tramite delle adesioni) tese a far valere i diritti individuali omogenei di consumatori e utenti. A dire il vero sembra che l'A., la cui tesi è sicuramente apprezzabile sotto un profilo processual-civilistico, non fornisca alcun contributo rispetto al problema che ci occupa, limitandosi a "raccontare" ciò che accade quando più persone, titolari di diritti omogenei si aggregano preferendo, all'azione individuale, l'esercizio di un'azione di classe.

²⁷ In questo senso FIORIO, *L'azione di classe nel nuovo art.140 bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in *www.ilcaso.it*, 3.

²⁸ Si tratta di un aspetto sottolineato da larga parte della dottrina. Si v. fra tutti GIUSANI, *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140-bis c. cons.*, cit., 1227; GUERNELLI, *La nuova azione di classe: profili processuali*, in *Riv. trim.*, 2010, 917.

²⁹ Sul punto cfr. DONZELLI, *L'azione di classe*, cit., 63 ss., ove si rileva che, a diffe-

Altri autori, invece, con particolare riferimento all'azione promossa dagli enti, escludendo che possa parlarsi di legittimazione straordinaria, considerano l'attore di classe come un soggetto che agisce in rappresentanza volontaria del singolo creditore che è parte processuale a tutti gli effetti³⁰.

Altri ancora, preso atto della difficoltà a collocare il fenomeno nelle categorie giuridiche tradizionali, negano che si tratti di sostituzione processuale per l'esatto rilievo che manca il litisconsorzio necessario tra attore ed aderenti, e che si tratti di rappresentanza perché gli aderenti non diventano parti in senso formale del processo³¹.

Valgono anche per la mutata disciplina le considerazioni svolte al paragrafo precedente circa l'inidoneità degli istituti della rappresentanza³² e della sostituzione processuale a cogliere il reale fondamento della legittimazione ad agire *ex art. 140 bis*.

5. *La nuova azione di classe ed il concorso di diritti ed azioni.* – È indubbio che le diverse opinioni passate in rassegna hanno offerto un contributo prezioso ed irrinunciabile ai fini dell'inquadramento della legittimazione a proporre l'azione di classe.

renza di quanto accade nelle ipotesi di sostituzione processuale, in questo caso nessun effetto si produce in capo al consumatore (presunto sostituito) che non lo voglia e non manifesti questa volontà aderendo all'azione.

³⁰ Si v. MENCHINI e MOTTO, *Art. 140 bis*, cit., 12; MONTALDO, *Profili processuali della class action*, in questa *Rivista*, 2012, 521; GIUSSANI, *L'azione di classe: un primo bilancio*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1184.

³¹ Cfr. BOVE, *Profili processuali dell'azione di classe*, in *www.judicium.it*, 2 ss.

³² Per dovere di completezza vanno segnalate alcune pronunce discordanti che si occupano di definire il tipo di rappresentanza che ricorre nell'azione di classe e che consentono di comprendere quanto arduo sia il compito di adattare gli istituti tipici del diritto processuale civile all'azione di classe. In particolare si v. Trib. Torino 28 aprile 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 1988 ove si afferma che nell'azione di classe la rappresentanza processuale non può essere disgiunta da quella sostanziale ai sensi dell'art. 77 c.p.c. *Contra* però si veda l'ordinanza della Corte di appello di Torino che in sede di reclamo ha giudicato ammissibile l'azione di classe proposta da un'associazione cui i consumatori abbiano conferito la mera rappresentanza in giudizio (App. Torino 23 settembre 2011, *ibid.*, 3422).

Per alcune osservazioni sul punto cfr. CAPONI, *Azione di classe: il punto, la linea, la discontinuità*, in *Foro it.*, 2012, V, 154. Cfr. anche FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano. Profili sostanziali*, Padova, 2012, 257 ss. L'A. sostiene che il mandato conferibile all'associazione dei consumatori ai fini dell'esercizio dell'azione di classe costituisce una rappresentanza meramente processuale.

L'analisi deve comunque procedere tenendo conto del fatto che il concetto di legittimazione ad agire postula un'effettiva coincidenza tra il soggetto che agisce in giudizio per la tutela di un diritto ed il titolare del diritto medesimo. In altre parole la *legitimatio ad causam* si fonda esclusivamente sulla titolarità effettiva delle posizioni giuridiche soggettive dedotte in lite.

Nella concezione chiovendiana da cui si trae necessaria ispirazione, infatti, la legittimazione ad agire rappresenta una delle condizioni dell'azione proprio per il fatto che legittimato ad agire è il titolare del diritto di azione, e questi altri non è che il titolare del diritto controverso per cui si invoca la tutela giurisdizionale³³.

Partendo da questo presupposto da noi condiviso, se ne deduce, secondo l'opinione più volte espressa nel corso dei paragrafi precedenti, che i presunti casi di dissociazione tra la titolarità del diritto e il potere di agire a tutela dello stesso non appaiono tali, dovendosi osservare che si tratta in realtà di casi in cui chi agisce, al di fuori di improbabili intenti altruistici, lo fa per un proprio interesse e in virtù di una facoltà attribuitagli dalla legge.

Ne discende che la c.d. sostituzione processuale, che pure ha un fondamento normativo nell'art. 81 c.p.c., se correttamente intesa, cela ipotesi tutte che, lungi dal costituire eccezioni al concetto di legittimazione sopra espresso, invece lo riconfermano pienamente³⁴.

Questa è la ragione per cui, proponendosi questo lavoro di inquadrare correttamente la legittimazione ad agire *ex art.140 bis*, si ritiene opportuno abbandonare ogni riferimento ad ipotesi di legittimazione straordinaria o sostituzione processuale (che dovrebbero essere, ma in realtà non sono, eccezioni al criterio generale sopra espresso).

³³ CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 152 ss. Per completezza espositiva è opportuno ricordare che l'insigne giurista nell'evoluzione del suo pensiero, mentre, come accennato, ricomprende la legittimazione ad agire tra le condizioni dell'azione, di contro annovera la sostituzione processuale tra i presupposti processuali.

³⁴ Per approfondimenti sul tema della sostituzione processuale cfr. GARBAGNATI, *La sostituzione processuale*, Milano, 1942, 97 ss.; si v. pure MONTELEONE, *Profili sostanziali e processuali dell'azione surrogatoria*, Milano, 1975, 187 ss., ove l'A., condividendo l'opinione espressa da altri, pone in evidenza come il creditore che agisce in via surrogatoria, pur facendo valere un diritto del debitore, agisce anche e soprattutto a tutela di una posizione giuridica propria. Si esclude quindi che trattasi di una ipotesi di sostituzione processuale ravvisandosi piuttosto un caso di interferenza di rapporti giuridici sostanziali che si riflette sul processo.

Ciò posto, esistono nel nostro ordinamento casi eccezionali di legittimazione ed interesse ad agire che dipendono dal fatto che, oltre ai diritti o interessi la cui titolarità appartiene esclusivamente al singolo individuo, vi sono situazioni giuridiche soggettive che sorgono in capo ad un soggetto sia in quanto tale, sia in quanto appartenente ad una determinata categoria o classe di persone.

È questo il dato da cui partire per comprendere quelle deviazioni dal concetto generale di legittimazione ad agire che la legge prevede come eccezioni che, in quanto tali, finiscono sempre per riconfermare la regola.

L'esistenza di interessi diffusi (situazioni plurindividuali a carattere omogeneo) che si radicano in capo ad una categoria di persone, può dar luogo a situazioni in cui un comportamento illecito posto in essere da un soggetto produca effetti lesivi non soltanto nei confronti di uno o più soggetti specificamente individuati, bensì nei confronti dell'intera classe formata da tutti i titolari di situazioni identiche e scaturenti da una identica situazione di fatto e di diritto.

È proprio ciò accade nelle ipotesi contemplate dalla neointrodotta azione di classe *ex art. 140 bis c.p.c.* che si propone di offrire un efficace rimedio a tutela degli interessi della classe dei consumatori o utenti lesi dal comportamento di un'impresa o di un professionista.

In situazioni come questa, in cui è necessario prendere in considerazione gli interessi di categoria e apprestarvi adeguata tutela, non stupisce che la normativa abbia previsto che l'azione possa essere esercitata da enti rappresentativi dell'interesse leso o che, come accade dopo le modifiche, all'azione sia pure promossa dal singolo consumatore possa seguire l'adesione di tutti gli altri soggetti parimenti lesi.

Tanto prevede il 1° comma dell'art. 140 *bis* cod. cons. più volte citato il quale, nell'introdurre una nuova azione a tutela del consumatore che si aggiunge all'azione individuale (sempre esercitabile secondo le procedure ordinarie), realizza un'ipotesi tipica di *concorso soggettivo* e alternativo di azioni nonché di *concorso oggettivo* di diritti³⁵.

Infatti, si ha, nel caso di specie, concorso soggettivo e alternativo di azioni poiché al consumatore o utente è lasciata la facoltà di agire per la tutela del proprio diritto o esercitando l'azione individuale nelle forme ordinarie, o, in alternativa, promuovendo l'azione di classe *ex art. 140*

³⁵ Per un'ampia trattazione dell'argomento si v. LIEBMAN, *Problemi del processo civile*, Milano, 1962, 54 ss.; ID, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1962, 77.

bis (o aderendo all'azione proposta da altri a norma della stessa disposizione)³⁶.

In quest'ultima ipotesi, vista l'estensione della legittimazione operata dalla modifica legislativa, potrà decidere se esercitare l'azione di classe personalmente o avvalersi di associazioni o comitati a sua scelta.

Per dovere di completezza, si dà conto di una parte della dottrina che, nel tentativo di spiegare le peculiarità del regime di legittimazione diffusa *ex art. 140 bis* cod. cons., ha preso in considerazione sia l'ipotesi del concorso soggettivo di azioni (inteso nel senso che ogni consumatore sarebbe titolare di una propria ed autonoma azione che concorre con quella degli altri) sia quella di un'azione unica a carattere plurisoggettivo (che comporta un'unica azione posta in contitolarità dei diversi consumatori), pervenendo alla conclusione di escludere la ricorribilità di entrambe le fattispecie nel caso in esame³⁷.

A ben vedere, le ragioni poste a fondamento dell'opinione riportata, pienamente condivisibili allorquando conducono alla non configurabilità nel caso di specie di un'unica azione a titolarità plurima, non lo sono altrettanto quando spiegano l'esclusione dell'ipotesi di concorso soggettivo di azioni.

In realtà il motivo in base al quale l'esposta concezione perviene alla suddetta esclusione è che tale concorso viene concepito, non in relazione alle diverse, ed alternative, azioni di cui è titolare il consumatore agente

³⁶ L'esistenza del concorso in capo al singolo consumatore dell'azione individuale e dell'azione di classe trova conferma nella lettera della norma che dispone che: "I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 nonché gli interessi collettivi sono tutelabili «anche» attraverso l'azione di classe".

³⁷ In tal senso DONZELLI, *L'azione di classe*, cit., 65 ss. L'A. si sofferma sulla tesi del concorso soggettivo di azioni (di cui sono titolari più consumatori) e dell'azione unica a carattere plurisoggettivo, nonché della sostituzione processuale, considerandole inadeguate a fondare e spiegare la legittimazione ad agire di cui trattasi in quanto categorie dogmatiche riconducibili alla sistematica propria dell'azione individuale tradizionale e, pertanto, inutilizzabili, nel caso di specie. Su questa linea l'A. arriva a sostenere che il singolo consumatore proponente in realtà non è il legittimato ad agire ma solo il rappresentante ideologico della classe, vera legittimata e unica titolare dell'azione.

La tesi merita considerazione anche perché richiama uno dei tratti salienti della azione di classe nordamericana che concentra tutti i poteri processuali in capo ad un unico soggetto (*class representative*) che agisce in rappresentanza dell'intera classe. Oltretutto, l'opinione trova il conforto della disciplina della nostra azione di classe che esige, a pena di inammissibilità dell'azione, che il proponente sia in grado di curare adeguatamente gli interessi della classe.

(azione individuale e di classe), bensì in relazione ai vari consumatori appartenenti alla classe le cui diverse azioni concorrono per il raggiungimento del medesimo obiettivo.

Invece, a conferma della tesi che trattasi di *azioni concorrenti* (nel significato in discorso di più azioni alternative tutte facenti capo al singolo consumatore), può invocarsi il 14° comma della norma richiamata che, nel prevedere che la sentenza fa stato verso tutti coloro i quali hanno esercitato l'azione (proponenti o aderenti che siano), ma non pregiudica i diritti di coloro i quali non abbiano partecipato, richiama quella che è la caratteristica tipica di ogni ipotesi di concorso, ovvero che l'esperimento di una sola delle azioni concorrenti consuma ed estingue tutte le altre (soggettivamente o oggettivamente concorrenti)³⁸.

Altri commi della norma in esame (1°, 3°, 15°) conducono alla stessa conclusione.

L'assunto trova pure recente ed autorevole riscontro in una pronuncia della Cassazione con la quale la Suprema Corte³⁹, chiamata a decidere su un ricorso *ex art. 111 Cost.* proposto avverso l'ordinanza con la quale la Corte di Appello, in sede di reclamo, aveva confermato l'inammissibilità dell'azione proposta ai sensi dell'art. 140 *bis* cod. cons. (già sancita dal tribunale all'esito della prima udienza), ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso avverso la predetta ordinanza poiché priva dei necessari requisiti di decisorietà e definitività che legittimano la proponibilità del ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.*

La sentenza assume un rilievo decisivo a sostegno della configurabilità di un concorso soggettivo ed alternativo tra l'azione di classe e l'azione individuale, in quanto alla negazione dei menzionati requisiti di decisorietà e definitività la Corte perviene osservando che l'ordinanza di inammissibilità *ex art. 140 bis*, anche se confermata in sede di reclamo, non impedisce la proposizione dell'azione risarcitoria in sede ordinaria che, pertanto, concorre in via alternativa con quella di classe per il raggiungimento del medesimo fine: la tutela del diritto del consumatore.

³⁸ Sul concorso di diritti ed azioni si richiama il prezioso contributo di CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., 191 ss.

³⁹ Cass. 14 giugno 2012, n. 9772, in *Foro it.*, 2012, I, 2304 con nota di DE SANCTIS, *Brevi osservazioni sull'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe e sulle nuove frontiere della tutela collettiva (inibitoria e risarcitoria) dei consumatori*, nonché in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1, 191 con nota di BOCCAGNA, *Una indivisibile pronuncia della Corte di cassazione sulla non ricorribilità ex art. 111 Cost. dell'ordinanza che dichiara inammissibile l'azione di classe*.

In altri termini, l'ordinanza di inammissibilità di quest'ultima non implica alcuna decisione definitiva né sull'esistenza del diritto al risarcimento né sulla possibilità di farlo valere in giudizio, visto che al consumatore resta la possibilità di agire individualmente nelle forme ordinarie⁴⁰.

Per quanto concerne poi il concorso oggettivo di diritti, dalla precisazione che esso ricorre ogniqualvolta uno stesso bene può essere chiesto ed ottenuto tra le stesse persone in virtù di distinti diritti e fatti costitutivi⁴¹, discende che anch'esso è pienamente configurabile nel caso di specie.

Nel caso dell'azione di classe, infatti, si è in presenza di una serie di diritti che attribuiscono al consumatore lo stesso bene in virtù di una pluralità di norme (leggi speciali, norme di diritto privato generale, etc.), e quindi di fatti giuridici costitutivi (la lesione del diritto individuale e/o di quello superindividuale diffuso).

Questa ricostruzione consente di inquadrare la legittimazione ad agire, così come prevista dalla norma in esame, quale ipotesi eccezionale derivante dalla particolare natura diffusa degli interessi coinvolti.

Tutto questo senza infruttuosi ricorsi ad istituti che potrebbero essere, almeno riguardo al caso di specie, poco utili sul piano applicativo, e senza scardinare i principi tipici su cui si fonda la legittimazione ad agire nel nostro ordinamento giuridico.

Tra l'altro, nell'ipotesi esaminata, la tesi delle azioni soggettivamente ed oggettivamente concorrenti appare applicabile senza forzature normative⁴² poiché, come chiarito, ne ricorrono tutti presupposti e le connotazioni processuali tipiche.

⁴⁰ Sul punto la sentenza della Suprema corte rileva che il provvedimento impugnato NON è idoneo a pregiudicare irreversibilmente il diritto del consumatore in quanto con l'ordinanza di inammissibilità non viene inibita la tutela giurisdizionale di quel diritto, ma solo la tutela giurisdizionale in una delle possibili "ed alternative" forme, ovvero viene inibita la tutela giurisdizionale in forma speciale di un diritto che rimane tutelabile nelle forme ordinarie.

⁴¹ Anche sotto questo profilo cfr. CERINO CANOVA, *La domanda*, cit., 228 ss. L'A., richiamando la celebre definizione di Liebman, sottolinea che due diritti si dicono concorrenti quando sono collegati tra loro dal punto di vista funzionale, ovvero quando tendono al raggiungimento di un identico risultato pratico sia pure sulla base di diverse ragioni che ne giustificano la pretesa.

⁴² Invero, come già osservato, è proprio il dato normativo a condurre alla configurabilità nel caso in esame di una ipotesi di concorso di azioni e diritti.

Abstract

Lo scritto si propone di analizzare l'azione di classe italiana sotto il profilo della legittimazione ad agire. Quest'ultima, nell'ambito dell'istituto in esame si atteggia ad ipotesi del tutto peculiare per la natura delle posizioni giuridiche soggettive garantite ed, in particolare, perché l'azione di classe mira a tutelare diritti omogenei che fanno capo a tutti gli appartenenti ad una determinata categoria di consumatori ed utenti

Traendo doveroso spunto dai contributi offerti dalla dottrina, si esaminano i profili processuali dell'istituto per giungere ad un corretto inquadramento della legittimazione dell'attore di classe che, in base alla disciplina dell'istituto può anche essere il singolo consumatore, cui è affidato il compito di tutelare gli interessi della classe

Su tale base si perviene alla conclusione che l'azione di classe è un rimedio che si aggiunge all'azione individuale nel quadro di un rafforzamento della tutela del consumatore e si pone come alternativo rispetto all'esercizio dell'azione nelle forme ordinarie.

The present work aims to analyze the Italian class action from the *locus standi* point of view. Such a scenario is quite peculiar due to the nature of each legal position protected by this legal action and, especially, because it involves the equal rights of all members of the class.

Taking advantage of all the contributions offered by the literature, the purpose of the present paper is to examine the law procedural aspects in order to built a proper legal framework in which the class member may have *locus standi*, even as a single member, to protect the interest of the entire class.

On this legal basis, the author concludes the class action constitutes a measure that can be viewed as a valid alternative to the individual action increasing the consumer protection.

The single consumer, claiming damages, will be able to choose only one of the foregoing legal action (class or individual), declining the neglected one.