

### LA RIFORMA DELL'AZIONE DI CLASSE

SOMMARIO: 1. Caratteri generali della riforma. – 2. Sfera di applicazione. – 3. Legittimazione attiva e passiva. – 4. Giurisdizione – 5. Competenza. – 6. Adesione dopo la sentenza. – 7. Fasi del procedimento. – 8. L'aderente non è più parte contumace. – 9. L'adesione prima della sentenza. – 10. Implicazioni della carenza della qualità di parte. – 11. Il subentro dell'aderente nella veste di ricorrente. – 12. L'azione di classe parallela. – 13. Il provvedimento di ammissione. – 14. Condizioni dell'ammissione. – 15. Sommarietà del rito. – 16. Consulenza tecnica. – 17. Presunzioni e statistiche. – 18. Esibizione. – 19. Sentenza di accoglimento. – 20. Non riservabilità del gravame. – 21. Impugnazione immediata dell'accoglimento. – 22. Accoglimento in appello. – 23. La revocabilità dell'adesione. – 24. Effetti del decreto inoppugnabile. – 25. Chiusura per infruttuosità. – 26. L'ambiguità del rappresentante comune. – 27. La certificazione delle sottoscrizioni. – 28. Conciliazione collettiva. – 29. Conciliazione prima della sentenza. – 30. Spese della liquidazione. – 31. Il fondo spese. – 32. Il ricavato dall'esecuzione. – 33. Cauzione per le spese. – 34. Inibitoria collettiva.

1. – Sembrava ragionevole prevedere che in Italia, una volta sperimentato con esito soddisfacente l'istituto dell'azione di classe nel settore della tutela dei consumatori, lo si estendesse ad altri settori di cui potessero essere protagoniste classi di tipo olistico, e magari, articolandolo in ragione delle diversità di tipi di classe potenzialmente interessate, addirittura alla generalità del contenzioso.

Il legislatore, però, con la l. 12 aprile 2019, n. 31<sup>(1)</sup>, introduttiva del Titolo VIII *bis* nel Libro IV del codice di rito (artt. 840 *bis* ss.), ha preferito invertire le priorità: ha scelto di attribuire all'istituto portata generale prima ancora che questo si configurasse in maniera efficiente come strumento di risoluzione delle controversie di consumo, immaginando che bastasse modificarlo in parte.

Alcune innovazioni raccolgono infine diffusi auspici: valga ciò in particolare per i compensi premiali contemplati dall'art. 840 *novies*, cc. 6 e 7, in favore della difesa tecnica dell'attore, quale incentivo a privilegiare l'apparenza di fondatezza della domanda come criterio di selezione delle iniziative giudiziarie.

Dal complesso della disciplina emerge peraltro un ibrido in cui si colgono ambizioni semplificatrici, ma coltivate con un'incertezza che ne

---

(1) Sulla quale v. già *Class action*, a cura di B. Sassani, Ospedaletto, 2019.

pregiudica la funzionalità, talché l'interpretazione più lineare del cospicuo corpo di disposizioni introdotte nel codice di rito induce a ravvisarvi una primazia della funzione meramente conciliativa che, pur cogliendo in qualche misura nel segno sotto il profilo delle fondamentali tendenze evolutive dell'istituto, attribuisce un ruolo essenzialmente decorativo a buona parte delle regole introdotte.

2. – Quanto alla sfera oggettiva di applicazione della nuova disciplina, risultano rilevanti esaustivamente la funzione di accertamento della responsabilità e condanna al risarcimento e/o alle restituzioni (anche di cose, ai sensi dell'art. 840 *octies*, comma 5°) e l'omogeneità dei diritti azionati, che sembra davvero non potersi più intendere altrimenti che come dipendenza dalla stessa condotta illecita (sia che questa si concretizzi *uno actu* nei confronti di una pluralità di soggetti, sia che consista in una pratica commerciale diluita nel tempo e lesiva, nei suoi contenuti reiterati, dei diritti di un soggetto alla volta): come si vedrà, infatti, non si rinvergono più elementi che giustifichino la conclusione che occorra una prevalenza delle questioni comuni su quelle differenziate, per non dire delle tesi che pretendevano l'insussistenza assoluta di elementi di fatto rilevanti diversificati (2).

Non resta chiaro perché non sia stato ritenuto opportuno riprendere l'indicazione, da tempo fornita nella prospettiva dell'applicazione generalizzata dell'istituto, di escludere le fattispecie soggette all'applicazione della disciplina del litisconsorzio necessario: gli effetti della revoca dell'adesione, infatti, non appaiono compatibili con l'esigenza di assicurare che la sentenza sia pronunciata nei confronti di tutte le parti, e come si vedrà non sembra che della revocabilità dell'adesione possa farsi a meno senza sollevare dubbi di legittimità costituzionale.

Non si può tuttavia escludere che il legislatore approfitti della lunga *vacatio* concessasi ai sensi dell'art. 7 della l. n. 31 (un intero anno) per affrontare la questione, preferibilmente disponendo che le disposizioni in discorso si applichino a condizione che i diritti omogenei da far valere non spettino a litisconsorti necessari nella causa.

3. – Meno radicali, benché non irrilevanti, sono alcune modifiche del regime della legittimazione attiva e passiva.

---

(2) Restando quindi necessaria la deduzione soltanto di elementi non personalizzabili (v. da ult. Cass. 31 maggio 2019, n. 14886 e cfr. *infra*, § 19).

Sotto il primo profilo, a quella dei componenti della classe già contemplata dalla normativa previgente si aggiunge, ai sensi dell'art. 840 *bis*, comma 1°, la legittimazione diretta di organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro inserite in un elenco presso il Ministero della Giustizia: l'art. 196 *ter*, disp. att., prevede l'emanazione di un decreto per l'individuazione dei requisiti per l'iscrizione e di un contributo da versare all'uopo.

Il condizionamento dell'accesso alla giurisdizione che ne discende può sollevare diverse perplessità di ordine costituzionale, sia nel merito, sia nel metodo (per la vaghezza dei criteri di delega adottati), ma non può impedire che il componente della classe legittimato conferisca esplicito mandato (che però, non potendo più applicarsi la disciplina dell'art. 140 *bis* c. cons., non sembra poter attribuire una rappresentanza meramente processuale).

Sotto il secondo profilo, si individuano nell'art. 840 *bis*, comma 2°, imprese ed enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità in relazione allo svolgimento delle rispettive attività, suggerendosi che l'azione non sia più esperibile nei confronti di meri professionisti (nel senso di cui all'art. 3 c. cons.), ma appare ragionevole ritenere che la nozione di impresa debba rinvenirsi in base al dettato dell'art. 2082 c.c. soltanto se non si verta in materie alle quali possa applicarsi una nozione di impresa più ampia (in particolare, oltre che ai fini della tutela dei consumatori, a quelli della tutela antitrust).

4. – Neppure sembra particolarmente significativa la riserva di applicazione della disciplina di cui al d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 posta ancora nell'art. 840 *bis*, comma 2°: non se ne evincono mutamenti rispetto al passato in punto di riparto interno della giurisdizione.

D'altronde, neppure ai fini del riparto internazionale della competenza giurisdizionale emergono modifiche rispetto alle conclusioni formulabili in base alla normativa previgente: continuano a rilevare le regole generali di cui al Reg. 1215/2012, o alla l. 31 maggio 1995, n. 218, con riferimento alla giurisdizione nei confronti del resistente; l'adozione del sistema dell'onere di adesione impedisce che possano predicarsi carenze di giurisdizione nei confronti dei componenti della classe, dovunque siano essi collocati, essendo coinvolti nel procedimento su loro iniziativa (naturalmente sempre in quanto sussista giurisdizione nei confronti del convenuto ai fini della tutela dei diritti che vantano).

5. – Deve invece salutarsi con favore l'eliminazione delle speciali regole in punto di riparto della competenza contemplate dall'art. 140 *bis* c. cons.:

appare infatti senz'altro più congrua al sistema e meno foriera di contenzioso satellitare l'attribuzione della competenza, da parte del nuovo art. 840 *ter*, comma 1°, alle sezioni specializzate in materia di impresa (di cui in tutta evidenza dovrà però conseguentemente adeguarsi l'organico).

Dovranno peraltro trovare applicazione anche i commi 1° *bis* e 1° *ter* dell'art. 4 del d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168 nel dettato oggi vigente, sicché la controversie spettanti a tale giudice specializzato anche ai sensi dell'art. 3 dello stesso d.lgs. (ad esempio perché relative a rapporti societari), e in cui assuma qualità di parte (e quindi sia ricorrente o resistente, ma non mera aderente, come si vedrà meglio più avanti) una società con sede all'estero, saranno concentrate presso un numero ridotto di sedi, e quelle in materia antitrust distribuite soltanto fra Roma, Milano e Napoli ai sensi di tale normativa.

Va aggiunto altresì che fori diversi da quello della sede dovranno applicarsi ogniqualvolta il resistente non sia collocato in Italia ma sussista comunque la giurisdizione nei suoi confronti, rilevando in tal caso, ove applicabili, le norme sovranazionali direttamente attributive anche della competenza territoriale interna (come il foro del danno nel Reg. 1215/2012), o in mancanza quelle municipali.

Infine va osservato che tale riparto della competenza viene qualificato dal legislatore come esclusivo, ma non anche espressamente come inderogabile: pertanto, benché la competenza della sezione specializzata (o meglio, del Tribunale munito di sezione specializzata: si è avuta dalle s.u. la conferma dell'idea che la sezione non costituisca ufficio giudiziario autonomo<sup>(3)</sup>) possa ritenersi funzionale proprio in ragione di tale specializzazione, non sembra che la violazione del riparto orizzontale fra le varie sezioni (o meglio fra i vari Tribunali muniti di sezione) possa ritenersi in via generale rilevabile d'ufficio (essendolo per converso, per espressa previsione, quella degli appena menzionati commi 1° *bis* e 1° *ter* dell'art. 4 del d.lgs. n. 168).

6. – L'aspetto più interessante della riforma in esame, tuttavia, può identificarsi nella scelta di ripercorrere tutti i passaggi dell'evoluzione storica dell'istituto, e quindi, dopo aver adottato il sistema dell'azione di classe in senso improprio introdotto negli Stati Uniti nel 1938, di ammettere quella sua evoluzione, nella giurisprudenza nordamericana degli anni '40, denominata allora *one-way intervention*: affinché la decisione produca

---

<sup>(3)</sup> V. Cass., sez. un., 23 luglio 2019, n. 19882.

effetti nei confronti del componente della classe occorre che questi assuma l'iniziativa di aderire all'azione, ma tale possibilità gli è concessa anche successivamente alla pronuncia della sentenza di accoglimento della domanda, ai fini della determinazione individualizzata del *quantum* risarcibile.

Si concretizza dunque in sostanza una estensione soggettiva del giudicato *secundum eventum litis*, per la quale invero si potrebbe anche pensare che neppure occorressero appositi interventi da parte del legislatore: quando anche tale l'effetto giuridico non si producesse, infatti, l'idea che la sentenza di accoglimento dell'azione di classe non comporti, quanto meno in via di fatto, che nell'azione individuale, promossa dal soggetto che avrebbe potuto aderire, il convenuto possa efficacemente difendersi solo in punto di quantificazione, apparirebbe comunque avventurosa.

Le modalità con cui si determina il *quantum* rispettivamente risarcibile nel procedimento di classe, però, divergono da quelle ordinarie, sia per l'accentuata semplificazione della cognizione, correlata a una consistente riduzione delle garanzie di difesa, sia perché l'efficacia del provvedimento definitivo può ritenersi (anche in ragione di ciò) più limitata.

7. – Il punto di partenza di un'analisi più dettagliata della nuova disciplina deve pertanto individuarsi nel regime dell'adesione all'azione, intorno al quale viene tuttavia fornita dal legislatore, a dispetto della complessità dell'articolazione del dettato normativo (o forse proprio a causa di essa) un'indicazione eccessivamente sintetica, in specie in relazione allo svilupparsi della cognizione nell'azione di classe in non più due, ma addirittura tre fasi, se non quattro.

Alla fase di ammissione già prevista in precedenza (e sopravvissuta nonostante che se ne fosse in più occasioni rilevata l'incongruenza con il sistema dell'onere di adesione), seguono infatti, secondo le nuove regole, una fase di accertamento della responsabilità del convenuto ed una fase di determinazione individualizzata del *quantum*, oltre a configurarsi una speciale fase esecutiva a cui si dedicano cenni bisognosi di non banali integrazioni in via interpretativa, ma l'art. 840 *quinquies*, comma 1°, stabilisce espressamente che l'aderente non acquisisce la qualità di parte senza chiarire se si alluda solo alla qualità di parte in senso formale o anche a quella in senso sostanziale, né se ciò valga solo per la fase di accertamento della responsabilità o anche per quelle successive.

La difficoltà di inquadramento è inoltre aggravata dalla previsione della figura del rappresentante comune degli aderenti, nominato soltanto con la sentenza di accoglimento e allo scopo di servire due padroni: gli

aderenti, nella sua veste di rappresentante abilitato anche a negoziare la definizione amichevole del procedimento, e la legge, per la quale indossa il cappello del pubblico ufficiale anche certificando l'autenticità delle sottoscrizioni degli accordi conciliativi.

8. – La scelta di negare all'aderente la qualità di parte non può certo sorprendere chi abbia seguito il dibattito sviluppatosi intorno alla precedente disciplina: benché si tratti di un'opzione non coerente con il sistema dell'onere di adesione, non pochi hanno sentito l'esigenza di auspicare che gli aderenti non rispondessero delle spese di soccombenza, o che gli eventi avversi che li colpissero non potessero produrre effetto interruttivo.

A tali preoccupazioni si sono poi saldate visioni del meccanismo aggregativo favorevoli alla minimizzazione del fenomeno litisconsortile, in funzione della facilitazione della composizione amichevole della lite, recepite nel divieto di intervento volontario del terzo già contemplato dalla previgente normativa e oggi ribadito dall'art. 840 *bis*, comma 5°, senza variazioni.

Benché possa apparire imprudente fare a meno della responsabilità da soccombenza e della garanzia dell'effettività del contraddittorio rispetto agli aderenti, e il divieto di intervento volontario non possa impedire che si instauri comunque un processo litisconsortile, non si può negare che il nuovo testo renda impraticabile l'interpretazione che appariva più esatta rispetto alla disciplina previgente, ossia quella secondo cui l'aderente si qualifica, *mutatis mutandis*, come una parte contumace: quanto meno la qualità di parte in senso formale nel contesto della fase di accertamento della responsabilità, e quindi anche a seguito dell'ammissione dell'azione e del deposito in cancelleria dell'atto di adesione, risulta infatti espressamente negata, nonostante che questo continui (come accadeva in precedenza) ad essere, ai sensi del nuovo art. 840 *sexies*, atto del processo compiuto direttamente dall'interessato, senza bisogno di alcuna intermediazione procuratoria, e produttivo degli effetti della domanda giudiziale.

9. – In proposito merita però subito rilevare che un'interpretazione teleologicamente orientata a evitare l'applicazione all'aderente della disciplina dell'interruzione e della responsabilità da soccombenza non richiede soltanto di affermare che questi sia rappresentato dal ricorrente per effetto dell'ordinanza di ammissione dell'azione di classe: le parti rappresentate, infatti, rispondono senz'altro in via principale delle spese di soccombenza, e gli eventi che le colpiscano producono comunque l'effetto interruttivo.

Occorre quindi all'uopo immaginare che tale ordinanza sia costituiva della classe come ente ai fini del processo, qualificando questa come parte rappresentata dal ricorrente, ed attribuendo perciò agli aderenti una posizione analoga a quella dei partecipanti a un condominio che assuma la veste di parte in giudizio: si potrebbe così affermarne a un tempo sia la carenza della qualità di parte in senso formale dell'aderente, con gli effetti appena indicati, sia la produzione nei loro confronti degli effetti della decisione, anche se sfavorevoli.

L'espressa previsione della nomina del rappresentante comune degli aderenti soltanto con la sentenza dichiarativa della responsabilità del convenuto, però, induce a concludere che tale ricostruzione debba piuttosto predicarsi per la fase successiva di determinazione individualizzata del *quantum*, con la conseguenza che per la fase precedente sembri invece obbligata una lettura ancora più estrema, che neghi all'aderente anche la qualità di parte in senso sostanziale, e qualifichi di conseguenza come esercizio di mera azione la domanda del ricorrente di accertamento della lesione di diritti individuali omogenei ad opera della condotta del resistente.

10. – L'impostazione ora accennata richiede evidentemente di escludere anche che l'adesione produca davvero tutti gli effetti della domanda giudiziale nella fase di accertamento della responsabilità: fatta eccezione per quegli effetti che possono prodursi anche tramite atti stragiudiziali (come l'interruzione istantanea, e non permanente, del corso della prescrizione), soltanto a seguito della nomina del rappresentante comune potrebbe davvero dirsi costituito il dovere decisorio del giudice intorno ai diritti vantati dagli aderenti con le implicazioni che ne discendono.

Ne dovrebbe allora conseguire, fra l'altro, che:

i) la sentenza, sia essa di rigetto, sia essa di accoglimento parziale, non sia opponibile all'aderente, ostandovi il dettato dell'art. 2909 c.c., e non soccorrendo disposizioni come quella di cui all'art. 111, ult. comma, c.p.c. (e d'altronde risultando proprio perciò compatibile il sistema con le garanzie offerte dall'art. 24 Cost.), potendo quindi soltanto questi valersi dell'efficacia dell'accoglimento nei confronti del resistente ai fini della determinazione del *quantum*;

ii) non si produca l'effetto della litispendenza, sicché all'aderente non possa essere impedito il contemporaneo esercizio dell'azione individuale (il quale concretizzerebbe quindi semplice revoca dell'adesione per fatti concludenti);

iii) non si producano gli effetti sostanziali per i quali la legge richiede la formulazione della domanda giudiziale vera e propria, come sovente accade in ispecie ai fini dell'impedimento della decadenza;

iv) non sia possibile la successione nel processo di eredi o aventi causa dell'aderente;

v) considerata la già menzionata esclusione dell'intervento volontario di terzi, l'art. 246 c.p.c. non possa impedire che l'aderente, ancorché esonerato da interrogatorio formale e giuramento anche nella fase di determinazione del *quantum*, perché comunque sprovvisto, come si è detto, della qualità di parte almeno in senso formale, possa tuttavia essere chiamato a testimoniare nella fase di accertamento della responsabilità, in cui non assume neppure la veste di parte in senso sostanziale.

In tale quadro, le comunicazioni agli aderenti contemplate per tale fase negli artt. 840 *quinquies*, comma 1°, e 840 *quaterdecies*, comma 1° (secondo le modalità di cui all'art. 196 *bis*, disp. att., c.p.c.), li vedono destinatari nella loro qualità di terzi interessati, e in tale logica si può leggere anche quanto dispone l'art. 840 *decies*, comma 2°, in ordine alla loro facoltà di impugnazione della sentenza.

11. – Naturalmente tale analisi va coordinata con la previsione della successione dell'aderente nella veste di parte ricorrente, ai sensi dell'art. 840 *bis*, u.c., in caso di composizione amichevole della lite nei confronti del ricorrente originario nella fase di accertamento della responsabilità: il fenomeno sembra infatti suggerire che una costituzione dell'ente classe sia già avvenuta con l'ammissione dell'azione.

Tuttavia si può ricordare che questo genere di meccanismo si rinveniva già nella classiche discipline dell'azione popolare<sup>(4)</sup> senza che ciò implicasse in tal caso siffatta costruzione, e di conseguenza concludere che la mancanza nella norma di un'esplicita subordinazione dell'applicabilità dell'istituto all'avvenuta ammissione dell'azione implichi che la disposizione in parola possa operare anche laddove la composizione della lite avvenga nel periodo fra il deposito del ricorso e la pronuncia dell'ordinanza.

Casomai merita in proposito rilevare come rispetto a tali esempi storici la soluzione adottata dalla l. n. 31 del 2019 risulti lacunosa con riferimento alle restanti ipotesi determinative della sopravvenuta cessazione dell'impulso processuale ad opera del ricorrente: rinuncia (al diritto o agli atti) e inattività.

---

(4) V. per es. l'art. 121, c. 1, r.d. 5 febbraio 1891, n. 99.



Invero, l'identità della caducazione degli effetti di questo secondo genere di fattispecie sul piano della decidibilità nel merito dell'azione di classe proposta e della sua riproponibilità inducono a dubitare della razionalità della distinzione, a più forte ragione considerando che nulla impedisce che la mancata coltivazione della lite consegua a definizioni propriamente transattive della stessa che le parti semplicemente non abbiano interesse a dedurre in giudizio.

La mancata previsione della successione in corso di causa di altro aderente, invero in qualsivoglia ipotesi in cui la pronuncia sul merito sia impedita da eccezioni riferite alla sola parte ricorrente (e quindi, oltre che nei casi di rinuncia o inattività, anche con riguardo a eventi caducativi di ordine involontario, come la morte della parte nel giudizio relativo al diritto non trasmissibile *iure hereditario*), appare quindi passibile di seri dubbi di legittimità *ex art. 3 Cost.* per manifesta irragionevolezza della disparità di trattamento, e comunque tecnicamente erronea, imponendo di auspicare che la lacuna sia colmata nel corso della *vacatio* della riforma.

12. – D'altronde la nuova normativa scollega dall'ordinanza di ammissione (non facendo più riferimento al decorso del termine per le adesioni ivi fissato) anche la disciplina del concorso e del cumulo delle azioni di classe parallele, ossia quelle proposte contro lo stesso convenuto in relazione ai medesimi fatti: il termine per proporle tempestivamente, innescando un obbligo di riunione (da ritenersi applicabile anche laddove sia stata adita una diversa sezione specializzata), decorre, ai sensi dell'art. 840 *quater*, comma 1°, dalla pubblicazione del mero ricorso (con le modalità di cui all'art. 840 *ter*, comma 2°).

In proposito può quanto meno apprezzarsi che, pur confermandosi nell'art. 840 *quater*, comma 3°, la difficilmente giustificabile preclusione generale alle azioni di classe parallele tardive (priva di una convincente ragion d'essere laddove si contempla l'onere di adesione), il comma 2° dello stesso ne escluda espressamente l'applicazione quando l'azione di classe preveniente venga dichiarata inammissibile, abbandonata o comunque definita in mero rito, e il successivo c. 4 faccia salvo l'accesso al rimedio per far valere i diritti resisi tutelabili successivamente al decorso del termine (con formulazione da intendersi comprensiva delle ipotesi di non imputabilità della precedente inerzia).

È tuttavia con riferimento alle condizioni di ammissibilità che devono svolgersi le considerazioni più critiche all'operato del legislatore.

13. – Nella disciplina dei presupposti dell'ordinanza di ammissione, infatti, il legislatore ha rifiutato non soltanto di considerarne l'inutilità nel contesto dell'azione di classe basata sull'onere di adesione, ma anche di rinunciare alla particolarmente incongrua subordinazione della stessa alla valutazione di non manifesta infondatezza della domanda, confermando persino la sospensione facoltativa del procedimento per la pendenza sui fatti di giudizio amministrativo e financo istruttoria presso autorità indipendente (specialmente insidiosa se, come si è visto, non è attribuibile all'adesione la produzione degli effetti sostanziali della domanda prima della sentenza di accoglimento), e recependo piuttosto, nell'art. 840 *ter*, comma 7°, le indicazioni della giurisprudenza in tema di trasmissione degli atti al primo giudice in caso di accoglimento del reclamo avverso l'ordinanza di inammissibilità.

L'evidente intento di recepire gli orientamenti interpretativi affermatasi in materia in applicazione dell'art. 140 *bis* c. cons.<sup>(5)</sup> induce poi a concludere che l'espressa previsione, nell'art. 840 *ter*, comma 6°, della riproponibilità ad opera del medesimo attore della domanda inammissibile sulla base di nuove deduzioni, anche se già in precedenza deducibili (ossia l'attribuzione all'ordinanza di inammissibilità di un effetto preclusivo che non supera quello del rigetto dell'istanza cautelare), comporti l'inammissibilità della censura in sede di legittimità del provvedimento (salvo che intorno alla pronuncia sulle spese che accompagna l'ordinanza di inammissibilità, in relazione alla quale scompare l'espresso richiamo dell'art. 96 c.p.c. contenuto nella previgente disciplina, così come sparisce l'obbligo di disporre la pubblicità a spese dell'attore).

14. – Non può tuttavia passarsi sotto silenzio una novità a livello mondiale: oltre che per carenza di omogeneità dei diritti tutelabili e di adeguatezza del ricorrente a curare (cioè a far valere efficacemente) i diritti degli aderenti, come già accadeva in applicazione dell'art. 140 *bis* c. cons., l'azione di classe può dichiararsi inammissibile, ai sensi della testuale formulazione dell'art. 840 *ter*, comma 4°, lett. *c*, quando il ricorrente versi in conflitto d'interessi nei confronti del resistente.

A voler prendere sul serio il linguaggio del legislatore occorrerebbe domandarsi quando mai si possa non essere in conflitto d'interessi con la propria controparte in giudizio, sia che si agisca per far valere in via cumulativa un diritto proprio, sia che si eserciti una mera azione: forse

---

(5) Cfr. spec. Cass., sez. un., 1 febbraio 2017, n. 2610.

si è pensato al caso di chi eserciti l'azione di classe per finalità abusive (ossia per perseguire scopi diversi dall'accoglimento della domanda), ma oltre a doversi rilevare che non si spiega facilmente perché occorra deviare dalle regole generali in materia di sanzioni per l'abuso del processo, deve in via assorbente notarsi che il rimedio proposto appare del tutto sproporzionato, perché impedisce per definizione che la domanda sia ammissibile.

Del resto, come l'esperienza applicativa nel resto del mondo ha ripetutamente mostrato, il conflitto d'interessi che può ragionevolmente assumere portata ostativa è casomai quello fra il ricorrente e gli aderenti (attuali o potenziali che siano), e che senz'altro può concretizzarsi anche qualora il ricorrente eserciti l'azione con finalità abusive.

Anche immaginare che si tratti di refuso redazionale, talché l'elemento ostativo debba invece riferirsi al «conflitto d'interessi nei confronti de[gli aderenti a causa dei suoi rapporti con i] resistente», però, non aiuta molto, perché un conflitto d'interessi rilevante può ben sorgere per altre ragioni, e se si ritiene che gli altri conflitti d'interesse possano rilevare comunque come elementi indicativi dell'inadeguatezza del ricorrente a far valere i diritti degli aderenti ai sensi dell'art. 840 *ter*, c. 4, lett. *d*, non vi è ragione di prevedere distintamente la rilevanza del conflitto d'interessi.

L'eliminazione del disposto in parola costituisce dunque probabilmente la più indefettibile delle ulteriori modifiche che il legislatore dovrebbe compiere approfittando della *vacatio*.

15. – L'art. 840 *ter*, comma 3°, stabilisce che all'azione di classe si applichi il rito sommario *ex art.* 702 ss. c.p.c., ma senza possibilità di mutamento e con pronuncia di sentenza *ex art.* 840 *quinquies*, u.c., e le ulteriori previsioni delle norme a cui si rinvia appaiono largamente assorbite da altre regole speciali: ai sensi dell'art. 840 *octies*, comma 1°, l'onere del resistente di formulare le proprie difese rispetto alle pretese avanzate in via di adesione sorge soltanto a seguito della sentenza di accoglimento, sicché l'onere di cui all'art. 702 *bis*, comma 4° e 5°, c.p.c. potrà predicarsi soltanto rispetto alla eventuale pretesa in proprio del ricorrente ed all'azione di classe intesa come mera azione; a stabilire poi che il giudice proceda informalmente nei modi di cui all'art. 702 *ter*, comma 5°, c.p.c. provvede poi l'art. 840 *quinquies*, comma 2°, del tutto autonomamente.

Si può tuttavia ritenere che la mancata previsione della formulazione di domande riconvenzionali nell'art. 840 *octies*, comma 1°, non impedisca l'applicazione dell'art. 702 *bis*, comma 5°, c.p.c., e risultino pertanto in

linea di principio ammissibili riconvenzionali e anche chiamate di terzi (seppure compatibilmente con la discrezionalità attribuita in proposito al giudice dalla giurisprudenza più recente<sup>(6)</sup>) quanto meno nella fase di accertamento della responsabilità, qualora sussistano i nessi di connessione che le permettono secondo le regole generali.

Merita altresì rilevare che l'inammissibilità del mutamento del rito non sembra potersi intendere in pregiudizio dell'applicazione di norme processuali speciali in ragione dell'oggetto della controversia, specie laddove la loro applicazione risulti attuativa di precetti di rilevanza costituzionale (il pensiero non può non correre, ad esempio, all'applicazione degli artt. 429 e 431 c.p.c. ai fini della pronuncia sul diritto fatto valere in proprio dal ricorrente che rientri nei casi di cui all'art. 409 c.p.c.).

16. – Nella disciplina dell'istruzione probatoria si rinvengono disposizioni dirette a riequilibrare le asimmetrie informative tra le parti in più direzioni, riprendendo largamente le esperienze maturate anche in sede sovranazionale intorno alla tutela antitrust, ma senza recepirle completamente, e aggiungendo qualche novità.

Anzitutto nell'art. 840 *quinquies*, comma 3°, si stabilisce che sia in linea di principio a carico del resistente l'anticipazione delle spese per la consulenza tecnica d'ufficio: si tratta in sostanza di un'indicazione intorno all'esercizio del potere già spettante al giudice ai sensi (un tempo dell'art. 90 c.p.c. e ora) dell'art. 8 del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115.

Rappresenta invece una novità sul piano normativo l'ulteriore previsione che sia posto a carico del resistente in via anticipata un vero e proprio acconto sui compensi: si tratta invero di un fenomeno non ignoto alla prassi ma non appare univoco il senso della successiva precisazione, nel dettato normativo, che il mancato pagamento dello stesso non costituisca motivo di rinuncia all'incarico; se ne potrebbe infatti, in astratto, evincere che il decreto provvisorio di liquidazione costituisca titolo esecutivo soltanto per le spese e non anche per l'anticipo sui compensi.

Appare tuttavia più corretto riferire la scelta legislativa alla ricorrenza dell'idea che la rinuncia all'incarico possa giustificarsi in occasione del mancato pagamento anche a prescindere dall'esecutività del decreto, salvo doversi rimarcare che naturalmente la disposizione può assumere rilevanza soltanto per i consulenti obbligati per effetto della loro iscrizione all'albo dell'ufficio giudiziario.

---

(6) Dopo Cass., sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309.

Merita altresì notare che non viene esplicitamente ripresa la conclusione raggiunta nella giurisprudenza antitrust nel senso che a seguito dell'acquisizione di elementi di prova a sostegno della domanda la disposizione della consulenza tecnica formi oggetto di un dovere del giudice il cui mancato esercizio sia censurabile anche in sede di legittimità<sup>(7)</sup>: incomberà quindi sulla giurisprudenza stabilire se ciò possa valere anche per altri settori del contenzioso caratterizzati da asimmetrie informative; le regole speciali sull'istruzione probatoria antitrust vengono infatti riprese sotto altri profili.

17. – Non sembra potersi troppo sottovalutare, poi, la portata innovativa dell'art. 840 *quinquies*, comma 4°, nella parte in cui contempla il ricorso a presunzioni semplici e dati statistici ai fini dell'accertamento della responsabilità.

In sé la precisazione sulle presunzioni semplici appare inutile, poiché non si vede perché mai queste dovrebbero essere escluse nell'azione di classe, e nemmeno la disposizione può intendersi, in mancanza di un linguaggio esplicito come quello dell'art. 421 c.p.c., come derogatoria dei limiti generali posti dall'art. 2729, comma 2°, c.c. alla loro ammissione.

Il suo significato, però, sembra da ricollegare all'endiadi: il legislatore parrebbe infatti voler intendere che i dati statistici a cui fa riferimento vadano distinti dalle presunzioni semplici, così suggerendo che si tratti non già di statistiche inferenziali, che appunto costituiscono fonte di presunzione semplice largamente utilizzata, in specie per la prova di fatti di dimensione superindividuale, nell'esperienza applicativa straniera, ma di statistiche meramente descrittive, in quanto tali sprovviste, se si applicano le regole generali, di tale valenza probatoria.

Verrebbe quindi con ciò evocato quanto già a suo tempo previsto dall'art. 4, comma 6°, della l. 10 aprile 1991, n. 125, e ora dall'art. 40 c. pari opportunità, che qualifica statistiche meramente descrittive come presupposti dell'applicazione di una presunzione legale relativa, ma diversamente da quanto previsto per la repressione della discriminazione di genere, il meccanismo risulta poter operare in pregiudizio di entrambe le parti, e non solo di quella convenuta strutturalmente avvantaggiata dalle asimmetrie informative.

La lunga *vacatio* può permettere al legislatore di chiarire meglio se le sue intenzioni in proposito siano eventualmente diverse da quelle così ricostruibili.

---

(7) Cfr. Cass., 4 giugno 2015, n. 11564.

18. – La più ampia parte dell'art. 840-*quinquies*, comunque, ossia i commi 5° ss., è dedicata alla riproduzione con modifiche del dettato degli artt. 3 e 6 del d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

La più significativa differenza consiste nella mancata previsione della soggezione del terzo agli ordini di esibizione contemplati nella disciplina dell'azione di classe: sembra evidente che ciò non possa impedirne l'emanazione in base alle norme generali laddove applicabili.

Inoltre, così come accade in materia antitrust, deve ritenersi che la previsione, nell'art. 840 *quinquies*, comma 9° (corrispondente *in parte qua* all'art. 3, comma 5°, del d.lgs. n. 3), che il destinatario dell'ordine debba essere previamente sentito non possa impedire, se non in violazione della garanzia costituzionale dell'azione, che all'acquisizione del mezzo di prova possa procedersi anche in via cautelare *inaudita altera parte* in presenza di rischi di dispersione, come accade nel sistema del diritto processuale industriale (ove tale conclusione è apparsa a tal punto pacifica che neppure si è sentito il bisogno di formularla esplicitamente in sede di recezione della normativa sovranazionale che pure la prevedeva espressamente).

Va da sé, infatti, che all'uopo non possa ritenersi sufficiente il presidio dell'efficacia probatoria dell'inottemperanza all'ordine *ex* art. 840 *quinquies*, comma 13° (che comunque discenderebbe dalle regole generali), né quello delle sanzioni pecuniarie di cui ai precedenti cc. 11 e 12 dello stesso, peraltro inferiori a quelle contemplate dai corrispondenti cc. 1 e 2 dell'art. 6 del d.lgs. n. 3 (che resteranno peraltro applicabili direttamente alle azioni di classe antitrust).

Merita poi aggiungere che, ai fini della secretazione di cui all'art. 840 *quinquies*, comma 8°, risulta naturale fare riferimento anche al disposto dell'art. 121 *ter*, u.c., c.p.i., introdotto dall'art. 5 del d.lgs. 11 maggio 2018, n. 63, benché il legislatore sembri essersene dimenticato nella l. n. 31.

19. – Come si è detto, il procedimento si articola non più in due ma in tre fasi: la sentenza di accoglimento della domanda chiude la fase di accertamento della responsabilità contestualmente avviando quella dedicata alla quantificazione individualizzata.

Si tratta di una scelta regressiva rispetto non soltanto a vari modelli stranieri, ma invero anche rispetto alla disciplina previgente (si ritorna infatti allo deprecato schema della versione originaria ma mai entrata in vigore dell'art. 140 *bis* c. cons.), in cui poteva predicarsi l'ammissibilità di metodi di liquidazione per campione che sacrificassero la precisione della quantificazione individuale privilegiando l'efficienza dell'azione di classe

come strumento di deterrenza dell'illecito compatibile con le esigenze dell'economia processuale<sup>(8)</sup>.

Come si è anticipato e si tornerà a spiegare, risulta infatti privilegiata, nella l. n. 31, una funzione essenzialmente conciliativa dell'istituto in un contesto in cui la forza di contrattazione delle parti continua ad essere sperequata, e che, pur risultando in via di espansione all'estero (ma con riferimento al ben diverso sistema dell'onere di recesso), indebolisce considerevolmente alcune delle funzioni essenziali dell'istituto.

*De iure condito*, comunque, un primo quesito applicativo posto dalla soluzione in discorso consiste nella qualificazione della sentenza di accoglimento come definitiva o non definitiva ai fini della riservabilità del gravame.

20. – Mentre la pronuncia di rigetto è senz'altro definitiva *ex art.* 340 c.p.c., infatti, la sentenza di accoglimento potrebbe intendersi, rispetto alle pretese degli aderenti, come pronuncia riconducibile a quelle di cui all'art. 278 c.p.c., e pertanto passibile di riserva d'impugnazione, non prevedendosi una esplicita separazione del giudizio e non essendo contemplati dalla legge né l'apertura di un nuovo fascicolo con diverso numero di ruolo (potendosi tutt'al più, quindi, immaginare l'attribuzione di un numero derivato alla fase di liquidazione), né oneri di costituzione in giudizio (tali non essendo né il deposito della domanda di adesione, che come si è detto risulta non attribuire la veste di parte, salvo quanto si preciserà più avanti, né quello della memoria difensiva del resistente di cui al già menzionato art. 840 *octies*, c. 1).

Tuttavia si deve anche rilevare che, come si vedrà, la fase di determinazione del *quantum* ha in realtà una funzione più conciliativa che propriamente contenziosa, sicché risulta difficile non pensare a quanto elaborato intorno alla definitività della sentenza *ex art.* 785 c.p.c. che, pur non attribuendo ancora le quote, abbia tuttavia pronunciato su tutte le contestazioni relative alla domanda di divisione<sup>(9)</sup>, per non dire delle pronunce dichiarative dello stato d'insolvenza: la domanda di accertamento della responsabilità del resistente nei confronti degli aderenti appare come una domanda che il ricorrente è legittimato a proporre come mera azione, ma non è abilitato a coltivare nella successiva fase di quantificazione indi-

---

<sup>(8)</sup> Solo apparentemente ostativa, infatti, è l'esigenza che si allegino elementi di fatto non personalizzabili (le cui implicazioni sembrano sopravvalutate nella già menzionata Cass. 31 maggio 2019, n. 14886).

<sup>(9)</sup> Cfr., per es., Cass., 27 luglio 2016, n. 15466.

vidualizzata, sicché anche rispetto alla sua posizione di attore di classe la sentenza risulta definitiva.

Ai fini di tale interpretazione non sembra rilevante che la sentenza di accoglimento non possa contenere la compiuta liquidazione delle spese di soccombenza, dovendo determinarsi in ragione dell'esito della fase di determinazione del *quantum* il palmario spettante al difensore del ricorrente ai sensi dell'art. 840 *novies*, c. 6: considerando la sentenza come definitiva, il carico delle spese può esservi disposto direttamente ai sensi dell'art. 91 c.p.c. in via generica rispetto al palmario, posto che ai fini del suo conseguimento il difensore si qualifica come distrattario *ex lege* legittimato ad agire direttamente per la sua liquidazione, e che l'art. 840 *undecies*, c. 2, gli consente anche di impugnare il decreto di liquidazione, e ciò anche, secondo logica, per richiedere una maggiore liquidazione delle pretese degli aderenti, in ragione della loro incidenza sulla quantificazione del palmario stesso.

A favorire la qualificazione della sentenza come definitiva concorre poi un non del tutto irrilevante aspetto pratico: se la si intende come non definitiva, in linea di principio le parti avrebbero l'onere di formulare le proprie conclusioni anche ai fini della liquidazione del *quantum*, ma risulta evidente che la facoltà di aderire successivamente (che costituisce la più importante scelta di sistema del legislatore) di fatto non permette di provvedervi se non in maniera del tutto ipotetica.

Questi rilievi portano dunque a ritenere (restando però comunque auspicabile un chiarimento da parte del legislatore nel corso della *vacatio*) che la sentenza di accoglimento debba intendersi come definitiva anche rispetto alle pretese degli aderenti, ossia che si tratti di provvedimento assimilabile, ai fini della differibilità del gravame, a quello di condanna generica reso come sentenza definitiva, e permettono dunque di risolvere il problema del coordinamento fra il giudizio di impugnazione della sentenza e lo svolgimento della fase di determinazione del *quantum* nei termini che seguono.

21. – Deve infatti concludersi, alla luce dell'inquadramento in parola, che in luogo dell'art. 279, comma 4°, c.p.c., in forza del quale la sospensione del procedimento di liquidazione in pendenza dell'appello immediato avverso la sentenza definitiva richiederebbe l'accordo delle parti, si renda eventualmente applicabile l'art. 337, comma 2°, c.p.c. (e non, secondo l'impostazione accolta dalla giurisprudenza più recente<sup>(10)</sup>, l'art.

---

(10) A seguito di Cass., sez. un., 19 giugno 2012, n. 10027.



295 c.p.c., il quale presuppone che non sia stata resa alcuna sentenza sulla controversia pregiudiziale), e possibile pertanto la sospensione, anche d'ufficio, quando il giudice ritenga che l'impugnazione sia destinata all'accoglimento, a condizione che si accetti che la sospensione in parola (come appare invero preferibile) possa operare anche in caso di non perfetta coincidenza fra le parti delle cause connesse.

Per converso, non sembra che la fase di determinazione del *quantum* possa essere sospesa per effetto di un provvedimento del giudice dell'impugnazione della sentenza ai sensi dell'art. 283 c.p.c. (o dell'art. 373 c.p.c. a seguito della sentenza di accoglimento confermata o resa in grado d'appello e oggetto di ricorso per cassazione): la sentenza di accoglimento, infatti, può costituire titolo esecutivo soltanto in favore del ricorrente e non anche degli aderenti, e inoltre non essendo esplicitamente qualificata come condanna (diversamente da quella resa *ex art.* 278 c.p.c. secondo le regole generali) neppure può costituire titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale (se non per il diritto fatto valere in proprio dal ricorrente, in ordine al quale la sentenza pronuncia comunque in via definitiva).

D'altronde, la fase di liquidazione, ancorché regolata in parte da disposizioni concernenti l'esecuzione forzata, e nonostante che la sua funzione sia solo unilateralmente risolutiva di contenzioso (essendovi assoggettata una parte ma non l'altra, e come si dirà forse anche con effetti assai limitati), presenta comunque natura cognitiva: è il decreto che la conclude, infatti, a costituire titolo esecutivo la sospensione dell'efficacia del quale trova nell'art. 840 *undecies*, comma 3°, compiuta ed esaustiva regolamentazione.

Naturalmente il giudice dell'impugnazione della sentenza potrà invece, con pronuncia sul merito della stessa, provocare l'automatica caducazione, in tutto o in parte, del decreto, anche laddove questo abbia *medio tempore* acquisito definitività, nonché l'insorgenza dei conseguenti obblighi restitutori (anche pronunciando la relativa condanna): può ritenersi infatti ormai acquisito in giurisprudenza che il meccanismo della caducazione automatica di cui all'art. 336 c.p.c. opera non solo in caso di riforma di sentenza non definitiva, ma più in generale in qualsivoglia occasione in cui sopravvenga una statuizione pregiudiziale incompatibile<sup>(11)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> Quanto meno nei casi di separazione dei giudizi sull'*an* e sul *quantum* (da ult. *ex multis*, Cass. 31 luglio 2019, n. 20725).

22. — Si deve poi osservare che l'inquadramento qui prospettato comporta che la corte d'appello che accolga l'impugnazione proposta contro la sentenza di rigetto non possa disporre che la liquidazione si svolga dinanzi a sé.

A impedirlo, infatti, non è tanto il costante riferimento al tribunale nella disciplina del procedimento (risultando tale aspetto del tutto sprovisto di rilevanza alla luce del disposto dell'art. 359 c.p.c.), quanto la qualificazione della sentenza come definitiva anche in caso di accoglimento, con la conseguente esenzione delle parti dall'onere di precisare le conclusioni intorno alla determinazione del *quantum*.

Ne consegue che la corte d'appello che accolga l'impugnazione della sentenza di rigetto non potrebbe contenere tutto quanto prevede l'art. 840 *sexies*, comma 1°, e in particolare non potrebbe provvedere, ai sensi della relativa lett. *f*, alla nomina del giudice delegato per la procedura di adesione, né, ai sensi della relativa lett. *e*, alla immediata fissazione del termine per le adesioni: il procedimento di liquidazione non potrebbe infatti a quel punto più costituire una automatica prosecuzione del giudizio dinanzi allo stesso giudice, ma dovrebbe essere promosso, su iniziativa del rappresentante comune o del resistente, ovvero anche dell'avvocato del ricorrente (ai fini del conseguimento del palmario), con ricorso che dia atto della sentenza di accoglimento e chieda al tribunale di rendere tali provvedimenti.

Per consentire lo svolgimento dinanzi alla corte di appello della fase di liquidazione individualizzata, d'altronde, occorrerebbe non solo permettere che le conclusioni possano formularsi in via ipotetica, in sede di accertamento della responsabilità, ai fini della determinazione del *quantum*, ma anche e soprattutto riconoscere agli aderenti la qualità di parte almeno in senso sostanziale già nella fase di accertamento della responsabilità del resistente, e di conseguenza risolvere un ulteriore problema pratico: se si ritiene che la classe sia costituita come ente ai fini del giudizio, in via risolutivamente condizionata, già nella fase di accertamento della responsabilità, allora il rappresentante comune dovrebbe ritenersi litisconsorte necessario; tuttavia il rappresentante comune è nominato solo con la sentenza di accoglimento, e non anche con quella di rigetto.

Una soluzione potrebbe consistere nel considerare la classe costituita come ente ai fini del processo già con l'ordinanza di ammissione e organicamente rappresentata, in quella fase, e sino alla nomina del rappresentante comune (con conseguente possibile responsabilità dello stesso verso gli aderenti per negligenza nella coltivazione del giudizio), dal ricorrente ammesso all'esercizio dell'azione, ma è appena il caso di ripetere che un chiarimento in sede legislativa appare decisamente opportuno: in mancan-

za, l'impostazione che vede gli aderenti come sprovvisti anche della qualità di parte in senso sostanziale sino alla sentenza di accoglimento, quest'ultima come pronuncia definitiva rispetto all'accertamento della responsabilità del ricorrente nei confronti degli aderenti, e lo svolgimento del procedimento di liquidazione dinanzi al tribunale anche in caso di accoglimento per la prima volta in appello (e a maggior ragione laddove in appello sia concesso un accoglimento di portata diversa da quella della statuizione di prime cure, anche in tal caso dovendosi permettere agli interessati di farne valere gli effetti sempre dinanzi al tribunale), appare come l'interpretazione più esatta ma non può essere data per scontata.

23. – È chiaro comunque che, come si è accennato, la conclusione che l'aderente non sia parte neppure in senso sostanziale non può essere predicata con riferimento alla fase di liquidazione: non è dubitabile infatti che gli effetti della decisione debbano prodursi nella sfera giuridica dell'aderente; tutt'al più se ne può negare la qualità di parte in senso formale immaginando, come si è detto, di attribuirla alla classe come ente costituito ai fini del processo.

Ne consegue che quanto meno dal momento della pronuncia della sentenza deve ritenersi che l'adesione produca davvero tutti gli effetti della domanda giudiziale, salvo però doversi osservare una decisiva peculiarità: diversamente dalla domanda giudiziale, l'adesione risulta unilateralmente revocabile, ai sensi dell'art. 849 *undecies*, u.c., anche dopo la pronuncia sulla pretesa che ne forma oggetto, sinché non è divenuto definitivo il decreto di liquidazione.

Tale momento non può però identificarsi in quello della emanazione del decreto da parte del giudice delegato, ai sensi dell'art. 840 *octies*, comma 5°, a seguito delle osservazioni delle parti sul progetto redatto dal rappresentante comune degli aderenti ai sensi dell'art. 840 *octies*, comma 2°: la collocazione della norma attributiva della facoltà di revoca alla conclusione della disciplina delle opposizioni al decreto chiarisce che la definitività si concretizza solo quando il decreto non è più impugnabile, restando a tal fine evidentemente irrilevante che l'aderente non sia legittimato a impugnarlo in proprio.

Naturalmente il decreto di liquidazione, pur non producendo effetti nei confronti dell'aderente che vi si sottragga tramite la revoca dell'adesione, in via di fatto può influenzare molto significativamente l'esito della controversia individuale che questi in seguito instauri, ma il condizionamento dell'effetto di accertamento a un successivo silenzio-assenso, impedisce di ricondurre pienamente la fase di liquidazione del *quantum* in

discorso alla categoria della giurisdizione contenziosa dal lato dell'aderente.

Questa regola è peraltro indispensabile per impedire che il procedimento in discorso risulti indefettibilmente viziato da illegittimità costituzionale per la lesione che altrimenti ne deriverebbe al diritto di difesa dell'aderente, già solo per effetto proprio della esclusione del suo diritto all'impugnazione del decreto: ovviamente l'aderente che non provveda a revocare l'adesione prima della definitività del decreto rischia di non poterne influenzare adeguatamente il contenuto attraverso il rimedio (potendo al massimo intervenire nel procedimento di opposizione in qualità di interessato ai sensi dell'art. 840 *undecies*, comma 6°, con buona pace del divieto di intervento volontario di cui all'art. 840 *bis*, comma 5°, di cui si è detto sopra, in tal caso assumendo sicuramente anche la qualità di parte in senso formale); tuttavia siffatto pregiudizio potrebbe anche giustificarsi in considerazione della sua scelta informata di non avvalersi degli strumenti alternativi messi a sua disposizione dalla legge.

24. – Deve però rilevarsi che la compatibilità con le garanzie costituzionali spettanti all'aderente della disciplina in esame non impedisce che assumano rilevanza le lesioni che questa infligge alle garanzie costituzionali del convenuto: rispetto a quest'ultimo, infatti, non sussiste alcuna facoltà di revoca, sicché le limitazioni all'esercizio del diritto alla prova contemplate rispettivamente dall'art. 840 *octies*, comma 3° (per la fase di liquidazione) e dall'art. 840 *undecies*, comma 7° (per l'opposizione al decreto), che concorrono nell'impedire che possano assumersi prove orali, sollevano considerevoli dubbi di legittimità costituzionale.

In proposito rileva non soltanto che il legislatore abbia contemplato la facoltà del solo aderente di avvalersi di scritture rappresentative di dichiarazioni di terzi nell'art. 840 *septies*, comma 3°, senza che sia chiaro come si giustifichi l'apparente deviazione dal principio della parità delle armi, ma anche e soprattutto che l'azione di classe abbia per oggetto almeno tendenzialmente diritti disponibili, con la conseguenza che debbano restare a disposizione di entrambe le parti gli istituti dell'interrogatorio formale come mezzo per provocare la confessione e del giuramento (diversamente da quanto accade presso giurisdizioni speciali che conoscono di situazioni di vantaggio di rilevanza pubblicistica per le quali siffatto problema può anche non porsi).

La contrarietà alla normativa sovraordinata delle regole in parola è talmente plateale da far temere che, nonostante non si rinvenzano disposizioni equivalenti a quella di cui all'art. 204, comma 5°, del d.lgs. 12

gennaio 2019, n. 14 (o a quella di cui al vigente art. 549 c.p.c.), un parallelismo fra il procedimento in discorso e quello di accertamento del passivo induca a negare anche al decreto divenuto inoppugnabile qualsivoglia stabilità sostanziale, attribuendogli un'efficacia meramente esecutiva e non impeditiva della ripetizione, e così di fatto avvicinandolo ai modelli di composizione consensuale della lite anche dal lato del resistente: non sembra infatti che la violazione del diritto alla prova che si è messa in evidenza possa essere sanata semplicemente dalla ricorribilità per cassazione del decreto che, ai sensi dell'art. 840 *undecies*, comma 8°, pronuncia sull'impugnazione.

A meno che si voglia quindi concepire il procedimento di determinazione del *quantum* come uno strumento essenzialmente funzionale alla conciliazione risulta dunque auspicabile che il legislatore approfitti della *vacatio* per riconsiderare le scelte compiute.

25. – D'altronde non si può negare che la procedura di liquidazione in discorso, che assume nel linguaggio legislativo l'impropria denominazione di procedura di «adesione» (fuorviante perché le adesioni rilevano anche prima, in particolare ai già visti fini di cui all'art. 840 *bis*, u.c.), presenti caratteri ibridi sotto ulteriori profili di non agevole inquadramento.

Difficile a spiegarsi, in particolare, è la chiusura, ai sensi dell'art. 840 *quinqüesdecies*, comma 1°, lett. *b*, per prognosi di infruttuosità, perché le corrispondenti disposizioni applicabili nel procedimento esecutivo ordinario e nelle procedure relative alla crisi d'impresa presuppongono che sia stata nel primo caso appunto già esperita l'azione esecutiva, di cui si riscontra l'esito insoddisfacente, e nel secondo caso appurata la difficoltà del debitore di adempiere alle proprie obbligazioni, mentre l'art. 840 *terdecies* stabilisce che all'esecuzione forzata nei confronti del debitore per le somme di cui al procedimento in discorso si proceda, com'è logico, soltanto a seguito dell'emanazione del decreto di liquidazione di cui all'art. 840 *octies*, ossia quando la procedura di determinazione del *quantum* è in linea di principio già terminata.

Si potrebbe allora pensare che l'art. 840 *quinqües*, comma 1°, lett. *b*, possa trovare spazio applicativo con riferimento alle fasi di opposizione al decreto: si può anche considerare ragionevole che non si proceda a definirle se *medio tempore* emerge l'impossibilità del ragionevole soddisfacimento.

Anche in tale prospettiva, però, i casi sembrano poter essere solo due: o il debitore viene assoggettato a una procedura concorsuale di liquidazione del suo intero patrimonio, ma allora la regola della *par condicio*

implica casomai che l'azione di classe sia soggetta a interruzione, quale che sia la fase in cui si trovi, e che le pretese degli aderenti debbano essere soddisfatte nel contesto della diversa procedura concorsuale di conseguenza innescata; oppure risulta insoddisfacente un procedimento esecutivo su di uno o più cespiti del debitore, ma non si vede come ciò possa impedire di avviarne altri su cespiti diversi, a meno che emerga l'insolvenza del debitore, rientrandosi allora nel primo caso.

È vero che anche l'accertamento del passivo sull'intero patrimonio del debitore può chiudersi per infruttuosità, ma ciò avviene pur sempre a seguito di un accertamento dell'insolvenza che rappresenta tuttora elemento costitutivo di fattispecie penalmente rilevanti: sembra doversi concludere che la norma possa trovare ragionevole applicazione soltanto in casi molto particolari come quello dell'impresa minore sottratta alla liquidazione giudiziale.

26. – Come si è accennato, non poche ambiguità caratterizzano d'altronde anche la figura del rappresentante comune, testualmente riferito agli aderenti ma, come si è detto, qualificabile anche come rappresentante della classe degli stessi, benché ripeta, oltre che dalla sentenza, anche da mandati contenuti a pena di inammissibilità nell'atto di adesione ai sensi dell'art. 840 *septies*, comma 2°, lett. *b* (da ritenersi *in rem propriam*, dato che il rappresentante percepisce il compenso direttamente dal resistente ai sensi dell'art. 840 *novies*, comma 1°, ma soggetti comunque, in esplicita deroga alla regola di cui all'art. 1723, comma 2°, c.c., alla revoca anche senza giusta causa sia, come si è detto, da parte dell'aderente, sia, *ex art. 840 sexies*, comma 2°, da parte del giudice delegato) un potere di disposizione rispetto a ciascuna pretesa individuale.

Per un verso, infatti, egli è incaricato dal giudice delegato della predisposizione del progetto di liquidazione di cui all'art. 840 *octies*, comma 2°, e nello svolgimento di tale funzione sembra operare come ausiliare del giudice, similmente al curatore delle procedure d'insolvenza, sicché sono coerenti con detto inquadramento l'attribuzione a questi, da parte dell'art. 840 *sexies*, comma 2°, della qualità di pubblico ufficiale e la previsione, ai sensi dell'art. 840 *sexies*, comma 1°, lett. *g*, che egli debba possedere proprio i requisiti per la nomina a curatore fallimentare.

Per altro verso, il suo ruolo non è imparziale rispetto al contenzioso fra aderenti e resistente, perché il suo compenso, ai sensi dell'art. 840 *novies*, è proporzionale al risarcimento determinato in favore degli aderenti, ed è nella logica dello svolgimento di tale ben diversa funzione che l'art. 840 *undecies* gli conferisce la facoltà di impugnare il decreto di cui all'art. 840

*octies*, comma 5°, che l'art. 840 *terdecies* gli attribuisce la titolarità esclusiva dell'azione per l'esecuzione forzata del decreto con riferimento ai diritti riconosciuti agli aderenti, e soprattutto che l'art. 840 *quaterdecies* gli permette di negoziare con il resistente una composizione amichevole (da ritenersi possibile sia in tutto sia in parte) della fase di determinazione del *quantum*, ancorché per la sua efficacia occorra un'omologazione giudiziale.

27. – I nodi della commistione di funzioni pubblicistiche e privatistiche vengono però al pettine laddove l'art. 840 *quaterdecies*, comma 8°, prevede che il rappresentante comune certifichi l'autografia delle sottoscrizioni dell'accordo transattivo.

Va senz'altro escluso che il rappresentante comune debba certificare l'autografia della propria stessa sottoscrizione, sicché il riferimento appare formulato al plurale per concernere i casi di pluralità di convenuti (che ben può verificarsi, a dispetto dell'avversione al cumulo della disciplina in discorso: si tratta anzi di un'eventualità fisiologica nel contenzioso antitrust, alla composizione amichevole del quale nei casi di pluralità di convenuti si possono applicare le speciali disposizioni dell'art. 16 del già menzionato d.lgs. n. 3 del 2017): è chiaro infatti che non occorre alcuna sottoscrizione dell'accordo ad opera dell'aderente ai fini della sua efficacia nei suoi confronti, operando in materia, ai sensi dell'art. 840 *quaterdecies*, comma 7°, un onere di recesso, da esercitarsi, previa tempestiva sollevazione delle contestazioni al progetto di accordo formulato prima della sua omologazione giudiziale ai sensi dell'art. 840 *quaterdecies*, comma 4°, tramite revoca unilaterale e anche senza giusta causa del mandato al rappresentante comune.

È poi ovvio che non corrispondono alle sottoscrizioni dell'accordo da certificare in tal modo le adesioni al ben diverso schema di accordo transattivo concluso su proposta giudiziale ai sensi dell'art. 840 *quaterdecies*, comma 1°, prima della sentenza, e quindi ben prima della stessa nomina del rappresentante comune, trasmesse con strumenti informatici che escludono che ne occorra l'autenticazione.

Anche riferire la regola alla pluralità di convenuti, però, non basta a munire la disposizione di un senso ragionevole, dato che non sembra facile accettare che chi rappresenta una parte privata di un accordo che non consiste in un mandato *ad litem*, ma in una composizione della lite, possa, levatosi il cappello del rappresentante per indossare quello del pubblico ufficiale, validamente certificare l'autografia della sottoscrizione dell'altra parte producendo così davvero gli effetti dell'autenticazione (sia pure nella

forma della mera c.d. autentica minore): è vero che sembra prospettare tale eventualità il dettato dell'art. 2 d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162, con riferimento alle convenzioni di negoziazione assistita, ma si tratta pur sempre ancora di funzione svolta, ai sensi del relativo c. 6, sulla base della specifica responsabilità professionale dell'avvocato, di cui il rappresentante comune non è necessariamente provvisto (risultando sufficienti, come si è detto, i requisiti per la nomina a curatore fallimentare).

Benché non possa sopravvalutarsi il possibile rilievo pratico della questione, non sembra incongruo che si approfitti della *vacatio* per chiarirla.

28. – Deve infatti rilevarsi che il meccanismo conciliativo operante nella fase di liquidazione costituisce il centro di gravità dell'intero istituto configurato dalla l. n. 31: l'attribuzione agli aderenti di un onere di recesso dallo schema di accordo omologato dal giudice, senza bisogno di accettazione dello stesso ad opera del ricorrente (benché la quantificazione del compenso premiale al suo difensore possa risentirne), massimizza le funzioni di economia processuale dell'istituto, conformemente a diffuse visioni delle sue finalità fondamentali.

Naturalmente può essere naturale nutrire dubbi nei confronti di meccanismi conciliativi fra parti la cui forza di contrattazione sia sperequata in ragione della stessa serialità della controversia: proprio perché questa ostacola l'accesso alla giustizia della parte debole, il negoziato appare iniquo.

Tuttavia, benché all'aderente sia conferito accesso, in mancanza di composizione amichevole, a un rimedio provvisto di effetti preclusivi minimali come il decreto di liquidazione, l'esecutività dello stesso in qualche misura riequilibra comunque i rapporti di forza, e occorre ricordare che all'estero si è talvolta esplicitamente ammesso che si potesse validamente conciliare globalmente la controversia seriale, con attribuzione agli interessati di un onere di recesso, anche in situazioni in cui non sarebbe conseguibile un accoglimento del merito dell'azione di classe<sup>(12)</sup>.

29. – Appare per converso alquanto improbabile che una conciliazione collettiva possa concretizzarsi prima della pronuncia della sentenza, benché il già menzionato art. 840 *quaterdecies*, comma 1°, contempli la formulazione all'uopo di una proposta giudiziale aperta agli aderenti.

---

(12) Per es. in Olanda con il *wet collectieve afwikkeling massaschade*.



Per essere conveniente per il ricorrente, infatti, la proposta deve contemplare un valore attualizzato del compenso premiale per la difesa, ma proprio per tale ragione non può essere conveniente per il convenuto, al quale non può precludersi di formulare direttamente agli aderenti la stessa proposta ma al netto di tale valore.

D'altronde per il resistente conciliare specificamente con il ricorrente prima della sentenza ha poco senso, data l'operatività in tal caso del già visto meccanismo che consente la prosecuzione del giudizio ad opera di altro aderente.

Più in generale, poi, la circostanza che le adesioni possano compiersi anche dopo la sentenza comporta tali margini di incertezza che la possibilità che le parti abbiano, ancor prima della sua pronuncia, quel grado di conformità delle aspettative intorno all'esito che permette di concordare la composizione amichevole della lite, appare decisamente remota.

Tali rilievi inducono ad auspicare che si consideri mobile, e quindi applicabile alla nuova normativa, il rinvio all'art. 140 *bis* c. cons. da parte dell'art. 5, comma 1° *bis*, del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, evitandosi così che la procedibilità dell'azione di classe sia condizionata del previo esperimento della mediaconciliazione.

30. – Merita una discussione specifica l'influenza che la scelta di negare all'aderente la qualità di parte produce ai fini dell'applicazione della disciplina delle spese, e in tale ambito richiedono speciale attenzione due disposizioni ermeticamente lacunose.

La prima è costituita dall'art. 840 *sexies*, comma 1°, lett. *b*, laddove stabilisce che la sentenza di accoglimento debba determinare una somma da versare a titolo di fondo spese a cura di ciascun aderente, corroborata dalla previsione del successivo comma 3° che tale determinazione sia per ciascuno integrabile (come dev'essere per le adesioni precedenti alla sentenza, dato che la determinazione del fondo spese non è contemplata fra i contenuti dell'ordinanza di ammissione), e che il mancato versamento determini l'inefficacia dell'adesione, ma sprovvista di qualsivoglia indicazione intorno al destinatario di tale versamento: il concetto di fondo spese evoca il rapporto professionale difensivo, ma viene esplicitamente chiarito dall'art. 840 *septies*, c. 6, che l'adesione avviene anche senza ministero di avvocato.

L'altra si rinviene nell'art. 840 *novies*, comma 3°, laddove, dopo aver indicato i criteri di computo del compenso del rappresentante comune, si stabilisce che sia altresì dovuto il rimborso delle spese sostenute e documentate, integrata dalla previsione, nel successivo comma 5°, che per

quanto non previsto dai commi 1° e 2° si applichino le disposizioni in materia di spese di giustizia senza chiarire né che senso abbia il mancato richiamo del comma 4° (che pure concerne il compenso del rappresentante comune), né, soprattutto, chi risponda delle spese sostenute dal resistente per la difesa dalle adesioni in tutto o in parte non accolte o revocate.

31. – Va da sé che con l'inquadramento della figura dell'aderente come soggetto sprovvisto della qualità di parte in senso formale per effetto della entificazione della classe ai fini del giudizio sia coerente l'idea che entrambi i soggetti – il destinatario del versamento e il responsabile per la soccombenza – debbano individuarsi nel rappresentante comune, con un'evidente implicazione redistributiva del rischio: lungi dall'essere imputate a ciascun fondo spese individuale le spese sostenute specificamente in relazione alla pretesa vantata con la relativa adesione, il complesso delle spese di soccombenza, di quelle sostenute dal resistente in relazione alle adesioni revocate, nonché di quelle non ripetibili, dovrebbe allora imputarsi al complesso delle somme versate dagli aderenti a titolo di fondo spese.

Siffatta logica indurrebbe altresì a giustificare la ritenzione del fondo spese sia nei casi di revoca dell'adesione, sia qualora l'aderente sia risultato totalmente vincitore e non sia stata sostenuta per la difesa della sua posizione alcuna spesa non ripetibile.

In tale prospettiva il contributo, in quanto irrelato alle spese sostenute per la posizione in ragione della quale è stato versato, si trasformerebbe in sostanza in una quota di iscrizione alla classe, della cui gestione ai fini della massimizzazione della soddisfazione delle pretese degli aderenti il rappresentante comune dovrebbe ritenersi professionalmente responsabile, ma alla quale sarebbe specificamente incentivato anche sotto il profilo della corrispondente massimizzazione dei propri compensi, compresi quindi i possibili residui attivi dei versamenti a titolo di fondo spese, salvo non rispondere oltre il versato qualora il residuo sia passivo (e dovendosi immaginare che tale eventualità sia prevenuta quanto meno dalla revoca che il giudice delegato ha sempre il potere di disporre discrezionalmente *ex art. 840 sexies*, comma 2°), e ovviamente rispondere nei limiti del versato anche ai fini delle eventuali ripetizioni conseguenti ad accoglimenti delle impugnazioni della sentenza di accoglimento (in caso di pagamento spontaneo *ex art. 840 duodecies*, che in quanto tale non può comportare alcuna acquiescenza, stante l'immediata esecutività del decreto e la conseguente inidoneità del pagamento a qualificarsi come fatto concludente ai fini di cui all'art. 329 c.p.c., o comunque di mancato trattenimento delle

somme *ex art. 840 terdecies*, comma 2°, in ragione della definitività del decreto, che ben può sopravvenire prima del passaggio in giudicato della sentenza).

32. – D'altronde l'interpretazione che si è prospettata indica anche che sia ancora il rappresentante comune, in quanto titolare dell'azione esecutiva, a dover direttamente riversare ciò che in base ad essa ha conseguito agli aderenti, in ragione di quanto rispettivamente spettante in base al decreto, posto che diversamente dall'ipotesi del pagamento spontaneo, non è previsto che in tale fattispecie le somme si versino su conto corrente intestato alla procedura.

Si verserebbe insomma in una sfera di rischio imprenditoriale ben più ampia di quella del curatore fallimentare, e difficile da contemperare con la logica della funzione professionale, per non dire di quella della funzione di pubblico ufficiale, ma è anche chiaro che è proprio attraverso la gestione imprenditoriale degli affari di natura seriale che si possono realizzare efficienze di sistema che permettono quell'abbattimento dei costi unitari di produzione del servizio giustizia che costituisce uno dei principali obiettivi dell'istituto dell'azione di classe, e che gli eventuali residui attivi dei fondi spese trattenuti costituirebbero necessariamente reddito imponibile del rappresentante comune<sup>(13)</sup>.

Peraltro un margine di rischio d'impresa grava comunque pacificamente sul rappresentante comune, posto che il suo compenso è in funzione inversa della propensione degli aderenti alla revoca dell'adesione, sulla quale la sfera di controllo del rappresentante comune è limitata, visto che come si è notato non è all'uopo richiesta una giusta causa.

33. – Naturalmente resta inevitabile che questo genere di efficientamento passi attraverso semplificazioni standardizzanti che producono un marginale ma non irrilevante effetto redistributivo: a causa della trasformazione di fatto del fondo spese in quota di iscrizione alla classe il cui eventuale residuo attivo resta al rappresentante comune, qualche aderente si ritrova a pagare le spese di qualcun altro, ma questa approssimazione si può considerare una ragionevole contropartita della natura collettiva dello strumento di tutela scelto.

---

<sup>(13)</sup> Potendosi in tale ottica ritenerli soggetti al regime del rimborso spese forfetarie di cui all'art. 2 del D.M. 10 marzo 2014, n. 55, emanato ai sensi dell'art. 13, c. 6, l. 31 dicembre 2012, n. 247.

Affinché tutta questa impostazione si possa affermare, però, l'attuale dettato non può ritenersi sufficientemente chiaro: in difetto di una più esplicita indicazione normativa non potrebbe infatti escludersi una diversa lettura secondo cui i fondi spese debbano anch'essi versarsi sul conto intestato alla procedura, e a ciascuno di essi siano imputate le spese non ripetibili e magari anche di soccombenza specificamente correlate alla pretesa vantata con la relativa adesione, con restituzione all'aderente dell'eventuale residuo attivo, e con buona pace dell'idea che l'esclusione della qualità di parte dell'aderente lo esoneri dalla responsabilità per le spese in proprio (e coerentemente si concluda altresì che anche quanto escusso tramite l'esecuzione forzata collettiva sia parimenti versato ad opera del rappresentante comune nel detto conto, affinché il giudice delegato provveda agli ordini di pagamento in base a un piano di riparto predisposto dal rappresentante stesso secondo le modalità di cui all'art. 840 *duodecies*, comma 1°).

Naturalmente anche questa lettura non è scevra di implicazioni di dubbia legittimità costituzionale, configurandosi allora l'onere di versamento del fondo spese come una forma di *cautio pro expensis*, ma può rilevarsi che, diversamente da quanto accadeva con l'istituto di cui all'art. 98 c.p.c. l'onere di versamento del fondo spese non trova il suo presupposto in condizioni soggettive, personali o sociali l'attribuzione di rilevanza alle quali contrasta con l'art. 3 Cost., e che la facoltatività dello strumento dell'adesione come modalità di esercizio dell'azione civile suggerisce che le conseguenze dal mancato versamento possano forse ritenersi sprovviste di quel carattere di eccezionale gravità che a suo tempo è stato ravvisato nell'istituto della cauzione per le spese<sup>(14)</sup>.

Comunque ancora una volta deve quindi auspicarsi che, se non altro ai fini della prevenzione dell'insorgenza di contenzioso satellitare sul punto, nel corso della *vacatio* si provveda a fornire all'interprete indicazioni esplicite intorno alla spettanza del fondo spese e ai criteri di imputazione delle stesse, e ciò anche ai fini delle ipotesi di responsabilità per le spese verso la parte resistente nella fase di determinazione del *quantum*.

34. – Nelle previsioni concernenti l'azione inibitoria collettiva salta senz'altro all'occhio dell'interprete la previsione dell'art. 840 *sexiesdecies*, comma 6°, che permette la fissazione di misure coercitive anche al di fuori

---

(14) Si fa qui ovviamente riferimento a Corte cost., 29 novembre 1960, n. 67.

dei casi previsti dall'art. 614 *bis* c.p.c.: sembra naturale riferire il concetto al contenzioso del lavoro.

Meno sorprendente, alla luce di quanto già considerato a proposito del divieto di intervento di terzo, è il divieto del suo cumulo con l'azione di classe stabilito dal successivo c. 9: risponde a una *ratio* che, come si è detto, risulta difficilmente condivisibile ma indubbiamente informa le scelte della l. n. 31.

Particolarmente delicata, però, è la questione del coordinamento della nuova disciplina con quelle previgenti, in particolare in relazione alla contestuale abrogazione, nell'art. 5 della l. n. 31, oltre che dell'art. 140 *bis* c. cons., degli artt. 139 e 140 dello stesso.

Anzitutto, infatti, deve rilevarsi che le implicazioni restrittive che ne discendono in punto di legittimazione ad agire si proiettano sull'applicazione di varie disposizioni i cui rinvii alla precedente disciplina si qualificano come mobili: per ritenere che le associazioni iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 c. cons. (che non è abrogato) possano ancora esperire l'inibitoria ai sensi degli artt. 37, 66 o 67 *novesdecies* dello stesso c. cons. (anch'essi rimasti pienamente in vigore), occorre pensare che si tratti di rinvii fissi (e in tal caso ritenere altresì che operi il condizionamento della giurisdizione alla previa diffida stragiudiziale di cui all'art. 140, comma 5°, c. cons., non contemplato dall'art. 840 *sexiesdecies*).

Inoltre, l'abrogazione dell'art. 139 c. cons. elimina l'unica disposizione che assicura l'attuazione della normativa sovranazionale in punto di legittimazione delle associazioni iscritte in altri Stati Membri nei casi di illeciti intracomunitari: si tratta di una evidente infrazione a cui dovrà porsi rimedio nel corso della *vacatio*.

ANDREA GIUSSANI

*Professore ordinario nell'Università di Urbino*