

LA NUOVA AZIONE DI CLASSE IN ITALIA¹

Andrea Giussani

Professore ordinario di Diritto processuale civile
nell'Università di Urbino

RIASSUNTO: La l. n. 31 del 2019 introduce nel codice di rito l'azione di classe basata sul sistema dell'onere di adesione come strumento di generale applicazione. La sua principale caratteristica consiste nella previsione che l'adesione possa compiersi anche dopo la sentenza di accertamento della responsabilità. Prima che le nuove norme entrino in vigore, però, potrebbero essere introdotte modifiche: benché la normativa sia assai dettagliata, infatti, si possono ravvisarvi alcune lacune

PAROLE CHIAVE: azione di classe; conciliazione collettiva; azione inhibitoria collettiva

ABSTRACT: According to law n. 31 of 2019 the Italian code of civil procedure will provide for general availability of an opt-in class action. The main feature of the new system is the one-way intervention: class members can opt-in after the judgment on liability. Before the entry into force of the new rules, however, some adjustments might still be introduced: they are, in fact, extremely detailed, but nevertheless some loopholes can be identified.

KEYWORDS: class action; collective conciliation; class injunctive action

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 e 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. L'adesione autocertificata.—24. La revocabilità dell'adesione.—25. Effetti del decreto inoppugnabile.—26. Chiusura per infruttuosità.—27. L'ambiguità del

¹ In ragione della continua evoluzione della materia, si rimarca che il presente scritto è stato inviato per la pubblicazione il 1° luglio 2020.

rappresentante comune.—28. La certificazione delle sottoscrizioni.—29. Conciliazione collettiva.—30. L'approvazione giudiziale dell'accordo.—31. Conciliazione prima della sentenza.—32. Spese della liquidazione.—33. Il fondo spese.—34. Il ricavato dall'esecuzione.—35. Cauzione per le spese.—36. L'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 contenzioso².

Il legislatore, però, con la l. n. 31/2019³, 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 strum

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 processuale⁴).

Sotto il secondo profilo, si individuano nell'art. 840 *bis*, 3° comma, c.p.c., 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. 198/2009 posta ancora nell'art. 840 *bis*, 3° comma, c.p.c.: 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

² Si conceda subito un rinvio, intorno alle nozioni di azione di classe olistica o discreta, inibitoria o risarcitoria, stabile o fluida, attuale o virtuale, a quanto chi scrive ha formulato già in *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996, 251 ss., e ancora in *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 99 ss.

³ Sulla quale cfr. già, fra i contributi generali sul versante processualistico, per es., *Class action*, a cura di Sassani, Ospedaletto, 2019, la raccolta di scritti *La Class action riformata*, a cura di Carratta, in *Giur. it.*, 2019, 2297, quelli dedicati a "Le nuove forme di tutela collettiva" (*l. 12 aprile 2019 n.31*), in *Foro it.*, 2019, V, 321, nonché Scarselli, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, in *www.judicium.it*, e Consolo, "La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina", in *Corr. giur.*, 2019, 737.

⁴ Cfr., sulla portata della precedente disciplina in materia, per es. App. Torino, 23 settembre 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 4322.

base alla normativa previgente: continuano a rilevare le regole generali di cui al Reg. 1215/2012, o alla l. n. 218/1995, 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.

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*, c. 1, c.p.c., 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. 168/2003 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 appare preferibile, secondo cui la sezione non costituisce ufficio giudiziario autonomo⁶) 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 pre-

⁵ Per converso, laddove si adotta il sistema dell'onere di recesso, si può capire che i componenti passivi della classe siano assimilati a convenuti (sicché, per es., si prevede che la classe ricomprenda i non residenti solo se aderenti nell'art. XVII.38 del *Code de droit économique* belga, che regola la locale *opt-out class action*; cfr, a proposito del dibattito che ha interessato sul punto la proposta di direttiva relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, COM/2018/184 *final*, che abroga la direttiva 2009/22/CE, ancora Caponi, cit., 335).

⁶ V. Cass., s.u., 23 luglio 2019, n. 19882.

visione, 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 (c.d. *spurious class action*) 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 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* risarcibile⁷; non si è ancora ritenuto, quindi, che fossero maturi i tempi per l'adozione del sistema dell'onere di recesso, oggi dominante negli Stati Uniti e sempre più diffuso anche in Europa⁸.

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: quand'anche tale 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 validamente aderire, il convenuto possa efficacemente difendersi solo in punto di quantificazione, apparirebbe comunque avventurosa.

⁷ Sul *one-way intervention* nella *spurious class action*, reso possibile dalle interpretazioni caldegiate in Kalven e Rosenfield, "The Contemporary Function of the Class Suit", in 8 *University of Chicago Law Review*, 1941, 684, ed avallate in *Union Carbide & Carbon Co. v. Nisley*, 300 F. 2nd 561, C.C.A. 10th 1961, cert. *dism.* 371 U.S. 801, 1962, e sulle ragioni del suo abbandono v. le *Advisory Committee's Notes on Proposed Rules of Civil Procedure for the United States District Courts*, in 39 *Federal Rules Decisions*, 1966, 106, nonché Kaplan, "Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure (I)", in 81 *Harvard Law Review*, 1967, 396; una soluzione analoga si è adottata in Francia, in ragione della posizione assunta dal Conseil Constitutionnel nella decisione n° 2014-690 del 13 marzo 2014, seguita da ult. dalle ll. nn. 2016-41 del 26 gennaio 2016 e 2016-1547 del 18 novembre 2016; effetti analoghi discendono dall'adozione del sistema dell'estensione del giudicato *secundum eventum litis* configurato dall'art. 33 del *Código modelo de procesos colectivos para Iberoamerica*.

⁸ Per l'analisi della questione della sua compatibilità con le garanzie costituzionali italiane si premetta un ulteriore rinvio a quanto osservato in *Azioni collettive*, cit., 46 ss.; per indicazioni sulla sua adozione anche in molti ordinamenti europei di derivazione romanistica *adde*, da ult., il contributo di chi scrive "Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 162; anche le precedenti resistenze del legislatore unionale, di cui si rinveniva traccia già nella risoluzione del Parlamento europeo del 2.2.2012, intitolata *Verso un approccio europeo comune in materia di ricorsi collettivi* (sulla quale v. già, i rilievi critici di chi scrive in *L'azione di classe: un primo bilancio*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1191), seguita poi dalla più sfumata *Recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violation of rights granted under Union law*, 2013/396/EU, ove si ammette la tutela degli attori passivi quando la giustifichi l'interesse per l'amministrazione della giustizia (cfr., nel senso che tale interesse debba potersi riscontrare molto facilmente, lo *Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims*, Vienna, 2014, 42), appaiono del tutto superate nell'art. 6, 3° comma della già menzionata proposta di direttiva COM/2018/184 *final*, ove si ammette persino il c.d. *fluid recovery* (cfr. ancora Caponi, cit., 335).

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 adesione⁹), 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*, 1° comma, c.p.c., 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 interruttivo¹⁰.

⁹ Potendosi inoltre aggiungere che se ne fa a meno senza particolari difficoltà anche in sistemi fondati sull'onere di recesso (cfr. i riferimenti già indicati da chi scrive in *Azioni collettive*, cit., 150 ss.).

¹⁰ Cfr., per es., con particolare riferimento al tema delle spese, Consolo, "Come cambia, rivelando a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica", in *Corriere Giur.*, 2009, 1306; Proto Pisani, *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, in *Foro it.*, 2009, V, 254; Conte, "Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa: l'azione di classe a protezione dei diritti dei consumatori e degli utenti", in *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, a cura di Vigoriti e Conte, Torino, 2010, 36.

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*, 5° comma, c.p.c., senza variazioni¹¹.

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 litisconsortile¹², 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 (benché non disinteressata al giudizio, con conseguente disapplicazione dell'art. 290 c.p.c.)¹³: 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* c.p.c., atto del processo compiuto direttamente dall'interessato, senza bisogno di alcuna intermediazione produtoria, 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 soccombenza¹⁴, e gli eventi che le colpiscono producono comunque l'effetto interruttivo¹⁵.

Occorrerebbe quindi all'uopo immaginare che tale ordinanza sia costitutiva della classe come ente ai fini del processo, qualificando questa come parte

¹¹ La scelta in tal senso aveva trovato sostegno per es. in Consolo, cit., 1304, ma nell'esperienza americana è invece considerato fisiologico il policentrismo del contenzioso collettivo: cfr. i riferimenti indicati da chi scrive in "Azione di classe", in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 147, cui si può aggiungere l'osservazione che nel 2018 è stata introdotta la previsione della *Federal Rule of Civil Procedure* 23(e)(5)(b)(ii) per stabilire che occorra l'approvazione del giudice anche per le rinunce all'impugnazione dei componenti della classe intervenuti (oltre che per le rinunce all'intervento stesso, ai fini delle quali era già prevista: cfr., a proposito della omologazione degli atti dispositivi della lite nelle azioni di classe, *infra*, § 30).

¹² Dal lato attivo per effetto della riunione di azioni di classe parallele tempestivamente proposte ai sensi dell'art. 840 *quater*, 1° comma (cfr. *infra*, § 12), da quello passivo perché nulla impedisce di convenire una pluralità di soggetti alle condizioni di cui all'art. 103 c.p.c., e occorrendo di cui all'art. 33 c.p.c. (cfr. anche *infra*, § 28).

¹³ V. in tal senso le indicazioni offerte da chi scrive in "Il nuovo art. 140 bis c. cons.", in *Riv. dir. proc.*, 2010, 599.

¹⁴ L'eccezionalità della condanna del rappresentante ai sensi dell'art. 94 c.p.c. è stata ancora ribadita, da ult., in Cass. 28 ottobre 2019, n. 27475.

¹⁵ Anche in caso in rappresentanza volontaria, oltre che di rappresentanza legale: v., per es., Cass. 21 febbraio 2006, n. 3275.

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 affermare 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 sfavorevoli¹⁶.

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 prescrizione¹⁷), 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*¹⁸;

¹⁶ La giurisprudenza di legittimità ha espressamente attribuito al solo condominio che l'abbia formalmente assunta tramite la propria rappresentanza legale la veste di parte in giudizio ai fini della richiesta di indennizzo per l'irragionevole durata del processo, pur reiterandone la natura di ente di gestione sprovvisto di personalità giuridica (v. Cass., s.u., 18 settembre 2014, n. 19663); tuttavia ha anche ribadito che proprio la soggezione agli effetti della decisione impone che non possa limitarsi il diritto del singolo condomino all'impugnazione (v. Cass., s.u., 18 aprile 2019, n. 10934); cfr. quindi, quanto si osserverà *infra*, nel prossimo § e nel § 24.

¹⁷ D'altronde si assicura all'esercizio dell'azione di classe la produzione dell'effetto interruttivo della prescrizione in favore dei consumatori interessati, ma non anche di quello sospensivo, nella menzionata proposta di direttiva COM/2018/184 *final*.

¹⁸ *Re melius perpensa*, dunque, si modifica sul punto quanto chi scrive ha opinato a caldo in "Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe", in Sassani (a cura di), cit., 162.

ii) non si produca l'effetto della litispendenza rispetto all'aderente, e quindi non possa essergli 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 specie ai fini dell'impedimento della decadenza (non essendo esclusa l'applicazione dell'istituto al contenzioso del lavoro, un facile esempio può rinvenirsi nell'art. 32 della l. n. 183/2010);

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*, 1° comma, c.p.c., e 840 *quaterdecies*, 1° comma, c.p.c. (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*, 2° comma, c.p.c., in ordine alla loro facoltà di impugnazione della sentenza¹⁹.

11.—Naturalmente tale analisi va coordinata con la previsione della successione dell'aderente nella veste di parte ricorrente, ai sensi dell'art. 840 *bis*, ult. comma, c.p.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 popolare²⁰ 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'ordinanza²¹.

¹⁹ La limitazione ai casi di revocazione e opposizione di terzo revocatoria che vi si legge, infatti, non sarebbe compatibile neppure con una entificazione della classe che la equiparasse addirittura a un condominio, in cui pure la gestione collettiva può rendersi necessaria (cfr. i riferimenti indicati *supra*, nel precedente §).

²⁰ V. per es. l'art. 121, 1° comma, r.d. 99/1891.

²¹ D'altronde la teoria della soggettivizzazione dell'ente classe negli Stati Uniti ha permesso che ai fini della coltivazione della lite ad opera del difensore tecnico si potesse anche prescindere dalla suc-

Casomai merita in proposito rilevare come rispetto a tali esempi storici la soluzione adottata dalla l. n. 31/2019 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.

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 (di cui si dirà fra breve) 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 giudizio²².

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*, 1° comma, c.p.c., dalla pubblicazione del mero ricorso (con le modalità di cui all'art. 840 *ter*, 2° comma, c.p.c.).

In proposito può quanto meno apprezzarsi che, pur confermandosi nell'art. 840 *quater*, 3° comma, c.p.c., la difficilmente giustificabile preclusione generale alle azioni di classe parallele tardive (priva di una convincente ragion d'essere laddove si contempla l'onere di adesione²³), il 2° comma dello

cessione, nelle vesti di campione rappresentativo del gruppo, di un nuovo soggetto in luogo di quello rispetto al quale fosse cessata la materia del contendere, ai fini della tutela delle classi fluide (cfr., sulla c.d. *headless class action*, i riferimenti che si sono già indicati in *Studi*, cit., 175 ss.).

²² Banalmente perché, com'è noto ai pratici, un verbale di conciliazione giudiziale, ai sensi dell'art. 9, 9° comma, l. n. 488/1999, è esente dall'imposta di registrazione di cui all'art. 37 d.p.r. 131/1986 solo fino a poco più di 50000 euro, mentre la declaratoria di estinzione del processo lo è sempre in base alla Risoluzione n. 263/E del 21.09.2007 dell'Agenzia delle Entrate: non sembra improbabile, dunque, che il fenomeno possa verificarsi, specie considerando l'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'azione di classe che si è illustrato *supra*, nel § 2.

²³ Posto che tale scelta implica una rinuncia del legislatore ad affrontare in maniera compiuta il problema dell'opportunità, che è la chiave di volta dell'intero istituto (chi ripropone l'azione di classe già accolta, affinché aderiscano nuovi soggetti, sfrutta il lavoro svolto per conseguire la sentenza di accoglimento, non diversamente da chi a seguito di questa agisce in via individuale: in entrambi i casi si

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 4° comma 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)²⁴.

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 domanda²⁵, 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*, 7° comma, c.p.c., le indicazioni della giurisprudenza in tema di trasmissione degli atti al primo giudice in caso di accoglimento del reclamo avverso l'ordinanza di inammissibilità²⁶.

L'evidente intento di confermare gli orientamenti interpretativi affermatasi in materia in applicazione dell'art. 140 *bis* c. cons.²⁷ induce poi a concludere che l'espressa previsione, nell'art. 840 *ter*, 6° comma, c.p.c., della ripropo-

fruisce del bene comune costituito dalla sentenza stessa senza pagarne i costi di conseguimento), talché è coerente a tale rinuncia legislativa che l'adesione possa essere anche successiva alla sentenza di accoglimento (cfr. i rilevi svolti nel § 6, *supra*), e lo sarebbe anche permettere la riproposizione dell'azione: chi aderisce dopo la sentenza favorevole contribuisce ai costi di conseguimento del bene comune, ma solo a posteriori (cfr. quanto si illustrerà *infra*, nei §§ 31 ss.), e solo eventualmente (potendo valersi dei suoi effetti anche tramite autonomo giudizio); quindi il riequilibrio di quell'asimmetria delle poste che ostacola l'accesso alla giustizia nel contenzioso seriale, assicurato comunque solo parzialmente dal sistema dell'onere di recesso (essendo comunque appunto possibile il recesso dell'opportunist, ma solo ai fini dell'azione in via individuale, e sempre purché avvenga prima della pronuncia della sentenza: in Italia, infatti, diversamente da quanto può accadere negli Stati Uniti, anche se si adottasse il sistema dell'onere di recesso, la facoltà di recesso non potrebbe essere del tutto esclusa, potendosi al massimo subordinarla all'accettazione del convenuto, come si è a suo tempo osservato in *Studi*, cit., 370 s., 382 s., e ancora da ult. in *Le azioni*, cit., 163 s.), nella l. n. 31/2019 resta assai debole (meno che in base alle regole di cui all'art. 140-*bis* c. cons., ma sempre più che in base al sistema statunitense; cfr., a proposito del tema, i rilievi di ordine generale già svolti da chi scrive in "Azioni collettive", cit., 29 ss.).

²⁴ L'ambiguità sul punto del dettato dell'art. 140 *bis* c. cons., peraltro, giustificava comunque un'interpretazione costituzionalmente orientata in tal senso (cfr. quanto opinato da chi scrive in *Le azioni di classe*, cit., 148).

²⁵ Come si dirà subito, infatti, la pronuncia sul punto produce effetti preclusivi talmente limitati da non giustificare l'impegno che richiede, sicché, come si è più volte osservato (per es. in *Le azioni di classe*, cit., 143) si pone in contrasto con la declaratoria di illegittimità costituzionale del giudizio di ammissibilità dell'azione dichiarativa della paternità naturale contemplato dall'art. 274 c.c., resa a suo tempo da Corte cost. 10 febbraio 2006, n. 50.

²⁶ V. per es. già App. Milano, 3 marzo 2014, in *Giur. it.*, 2014, 1910, con nota di chi scrive, *Ancora sulla tutelabilità con l'azione di classe dei soli diritti "omogenei"*.

²⁷ Cfr. spec. Cass., s.u., 1 febbraio 2017, n. 2610.

bilità 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 *ex art. 669 septies* c.p.c.), 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*, 4° comma, lett. c, c.p.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 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 non basti all'uopo il presidio posto dall'art. 96, 3° comma, c.p.c., deve in via assorbente notarsi che il rimedio proposto appare del tutto sproporzionato, perché impedisce per definizione che qualsiasi domanda sia ammissibile, anche se del tutto sprovvista di finalità improprie.

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 abusive²⁸.

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]l 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

²⁸ Fra i classici contributi sull'ampia esperienza statunitense in materia cfr., per es., Dam, "Class actions: efficiency, compensation, deterrence, and conflict of interest", in 4 *Journal of Legal Studies*, 1975, 47; Bell, "Serving Two Masters: Integration Ideals and Clients Interests in School Desegregation Litigation", in 85 *Yale Law Journal*, 1976, 470; Garth, "Conflict and Dissent in Class Actions: A Suggested Perspective", in 87 *Northwestern University Law Review*, 1982, 492; Rhode, "Class Conflicts in Class Actions", in 34 *Stanford Law Review*, 1982, 1183.

aderenti ai sensi dell'art. 840 *ter*, 4° comma, lett. *d*, c.p.c., 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*, 3° comma, c.p.c., 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*, ult. comma, c.p.c., e le ulteriori previsioni delle norme a cui si rinvia appaiono largamente assorbite da altre regole speciali: ai sensi dell'art. 840 *octies*, 1° comma, c.p.c., 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*, commi 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*, 5° comma, c.p.c. provvede poi l'art. 840 *quinquies*, 2° comma, c.p.c., del tutto autonomamente.

Si può tuttavia ritenere che la mancata previsione della formulazione di domande riconvenzionali nell'art. 840 *octies*, 1° comma, c.p.c., non impedisca l'applicazione dell'art. 702 *bis*, 5° comma, 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 recente²⁹) 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.³⁰).

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.

²⁹ Dopo Cass., s.u., 23 febbraio 2010, n. 4309.

³⁰ Trattandosi di regole la cui applicazione a tale settore del contenzioso è stata ritenuta doverosa già in sede di introduzione della modificabilità del rito per ragioni di connessione tramite la riforma dell'art. 40 c.p.c. ad opera della l. n. 353/1990, in attuazione di principi considerati di rilevanza costituzionale (cfr., anche per riferimenti, quanto chi scrive ha osservato a suo tempo in "Competenze, riti ed effetti della connessione", in Taruffo (a cura di) *Le riforme della giustizia civile*, Torino, 1993, 157 ss.).

Anzitutto nell'art. 840 *quinquies*, 3° comma, c.p.c., 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. n. 115/2002.

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 prassi³¹, 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 doverci rimarcare che naturalmente la disposizione può assumere rilevanza soltanto per i consulenti obbligati per effetto della loro iscrizione all'albo dell'ufficio giudiziario.

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 legittimità³²: 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*, 4° comma, c.p.c., 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, 2° comma, c.c. alla loro ammissione.

Il suo significato, però, sembra da intendere individuando nell'espressione un'endiadi solo apparente: 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 ispecie

³¹ V. per es. Cass. 11 gennaio 2012, n. 179.

³² Cfr. Cass. 4 giugno 2015, n. 11564.

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 probatoria³³.

Verrebbe quindi con ciò evocato quanto già a suo tempo previsto dall'art. 4, 6° comma, della l. n. 125/1991, e ora dall'art. 40 c. pari opportunità, che qualifica statistiche meramente descrittive come presupposti dell'applicazione di una presunzione legale relativa³⁴, 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.

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

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*, 9° comma, c.p.c. (corrispondente *in parte qua* all'art. 3, 5° comma, 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)³⁵.

Va da sé, infatti, che all'uopo non possa ritenersi sufficiente il presidio dell'efficacia probatoria dell'inottemperanza all'ordine *ex art. 840 quinquies*, 13° comma, c.p.c. (che comunque discenderebbe dalle regole generali), né quello delle sanzioni pecuniarie di cui ai precedenti commi 11° e 12° dello stesso, peraltro inferiori a quelle contemplate dai corrispondenti commi 1° e

³³ Cfr. in argomento già quanto chi scrive ha rilevato in *La prova statistica nelle "class actions"*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 1029.

³⁴ V. in proposito l'analisi svolta e i riferimenti indicati in Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 481 ss.

³⁵ Cfr. i rilievi che chi scrive ha svolto in "La direttiva UE 104/2014 e i principi del processo civile italiano", in Díez-Picazo Giménez e Vegas Torres (a cura di), *Derecho, justicia, universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, I, Madrid, 2016, 1422, e più di recente in *Efficienza della giustizia civile e culture della riforma*, Milano, 2017, Parte II, Cap. IV, nota *.

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*, 8° comma, c.p.c., risulta naturale fare riferimento anche al disposto dell'art. 121 *ter*, u.c., c.p.i., introdotto dall'art. 5 del d.lgs. 63/2018, benché il legislatore sembri essersene dimenticato nella l. n. 31/2019.

19.—Come si è detto, il procedimento si articola non più in due ma in almeno 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.³⁶), 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 processuale³⁷.

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)³⁸, 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

³⁶ Contemplava infatti una necessaria scissione della fase di accertamento della responsabilità da quella di liquidazione del danno la versione dell'art. 140 *bis* c. cons. introdotta dall'art. 2, 446° comma, della l. n. 244/2007, la cui entrata in vigore venne ripetutamente procrastinata sino alla sua sostituzione ad opera dell'art. 49 della l. n. 99/2009, con il differente sistema di cui alla disposizione ora abrogata dalla l. n. 31/2019 (contemplando disciplina transitoria che in realtà non impediva del tutto l'applicazione della prima versione, benché questa non sia mai stata tentata nella prassi: cfr. quanto osservato in Gitti e Giussani, "La conciliazione collettiva nell'art. 140 *bis* c.cons.", dalla l. n. 244 del 24 dicembre 2007 alla l. n. 99 del 23 luglio 2009, alla luce della disciplina transitoria", in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 639).

³⁷ Solo apparentemente ostativa, infatti, è l'esigenza che si allegghino elementi di fatto non personalizzabili (le cui implicazioni sembrano sopravvalutate nella già menzionata Cass. 31 maggio 2019, n. 14886); cfr. i rilievi svolti da chi scrive nella relativa nota di commento *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 359.

³⁸ Negli Stati Uniti, nonostante le resistenze sul punto della giurisprudenza federale, un orientamento favorevole all'ammissibilità della c.d. *settlement class* si rinviene ancora nei *Principles of the Law. Aggregate Litigation, As Adopted and Promulgated by The American Law Institute at Washington, D.C., May 20, 2009*, St. Paul, 2010, 212; in Olanda questo genere di meccanismo è stato introdotto già nel 2005 (cfr. anche *infra*, § 28).

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*, 1° comma)³⁹.

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 divisione⁴⁰, per non dire delle pronunce dichiarative dello stato d'insolvenza⁴¹: 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 individualizzata, 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*, 6° comma, c.p.c.: 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*, 2° comma, c.p.c., 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 la facoltà di aderire

³⁹ La propensione della giurisprudenza ad attribuire, ai fini dell'applicazione della facoltà di riserva del gravame, elementi di ordine formale può essere testimoniata, per es. da Cass., s.u., 28 aprile 2011, n. 9441 (in proposito cfr. anche, da ult., la rimessione alle s.u. disposta da Cass. 9 marzo 2020, n. 6224).

⁴⁰ Cfr., per es., Cass. 27 luglio 2016, n. 15466, e ancora la rimessione alle s.u. disposta dall'appena menzionata Cass. 9 marzo 2020, n. 6224.

⁴¹ Anche se per queste l'indifferibilità del gravame dipende a monte dalla specialità del regime dell'impugnazione (sia ai sensi dell'art. 18 l. fall., sia ai sensi dell'art. 51 del D.Lgs. n. 14/2019).

successivamente (che costituisce la più importante scelta di sistema del legislatore) di fatto non permette di provvedervi se non in maniera 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 definitiva⁴², 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, 4° comma, 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, 2° comma, c.p.c. (e non, secondo l'impostazione accolta dalla giurisprudenza più recente⁴³, l'art. 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, ma solo quando il giudice ritenga che l'impugnazione sia destinata all'accoglimento⁴⁴, e sempre 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 connesse⁴⁵.

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

⁴² Sovente ammesso in giurisprudenza con l'effetto di permettere all'attore di posticipare al giudicato sulla responsabilità il sostenimento del costo dell'istruzione sul *quantum* (conseguendo così un effetto che, come si ricorderà nel prossimo §, richiederebbe altrimenti il consenso del convenuto): l'indirizzo che onera il convenuto che voglia impedirglielo della proposizione di riconvenzionale si ritrova ancora in Cass. 24 ottobre 2017, n. 25113.

⁴³ Quanto meno a seguito della composizione dei contrasti sul punto ad opera di Cass., s.u., 19 giugno 2012, n. 10027.

⁴⁴ Come ripete da tempo la giurisprudenza (v. da ult., *ex multis*, Cass. 10 giugno 2020, n. 11017).

⁴⁵ Benché ricorra in giurisprudenza l'idea che i due giudizi debbano pendere fra le medesime parti, la doverosità della sospensione per pregiudizialità anche laddove gli effetti della sentenza possano operare rispetto ai terzi viene tuttora riscontrata sovente (cfr., per es., *ex multis*, Cass., 7 marzo 2016, n. 4485, Cass., 3 marzo 2017, n. 5463, Cass., 6 aprile 2017, n. 8988, e da ult. ancora Cass. 13 novembre 2019, nn. 29388-29389, Cass. 4 dicembre 2019, nn. 31627-31629; *si vis*, cfr. anche i rilievi già svolti da chi scrive in "Sospensione del processo", in *Digesto civ., sez. priv.*, XVIII, Torino, 1998, 616).

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*, 3° comma, c.p.c., 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, 2° comma, 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 incompatibile⁴⁶.

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 sprovvisto 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*, 1° comma, c.p.c., 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 chiedi 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

⁴⁶ Quanto meno nei casi di separazione dei giudizi sull'*an* e sul *quantum* (cfr., per es., già Cass., s.u., 26 luglio 2004, n. 14060, più di recente Cass., 13 giugno 2014, n. 13492, e da ult. Cass. 31 luglio 2019, n. 20725).

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 mancanza, 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: all'uopo non rileva di certo la previsione dell'art. 840 *septies*, 6° comma, c.p.c., che dispensa dall'onere del patrocinio.

La lettera *g*) dell'art. 840 *septies*, 2° comma, c.p.c. richiede però all'aderente di assumere la responsabilità penale della verità di dati e fatti esposti nella domanda e nei documenti prodotti: la disposizione induce a pensare alla disciplina statunitense di cui alla *Federal Rule of Civil Procedure* 11, che

tuttavia si limita a richiedere che le dichiarazioni fattuali possano trovare sostegno probatorio⁴⁷.

Affinché tale regola non ostacoli indebitamente l'esercizio del diritto appare tuttavia sufficiente rimarcare che questa fa specifico riferimento alla responsabilità prevista per le dichiarazioni sostitutive, e pertanto implica che questa concerna soltanto quegli elementi in ordine ai quali possa prodursi tale effetto, ossia, ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.p.r. n. 445/2000, stati, qualità personali e fatti di cui il dichiarante abbia diretta conoscenza.

Ne consegue che rispetto agli altri fatti rilevanti per l'accoglimento della pretesa fatta valere con l'adesione la dichiarazione di cui all'art. 840 *septies*, 2° comma, lett. g, c.p.c. non comporti affatto l'assunzione di responsabilità penale, fermo restando che l'accertamento intorno a tali fatti dovrà lo stesso essere compiuto ai fini della pronuncia del decreto di liquidazione, sulla base delle prove o eventualmente di quanto l'art. 2697 c.c. stabilisce vietando il *non liquet*⁴⁸.

24.—Merita peraltro speciale attenzione, nella disciplina dell'adesione, una ulteriore importante peculiarità: diversamente dalla domanda giudiziale, l'adesione risulta unilateralmente revocabile, ai sensi dell'art. 840 *undecies*, ult. comma, c.p.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*, 5° comma, c.p.c., a seguito delle osservazioni delle parti sul progetto redatto dal rappresentante comune degli aderenti ai sensi dell'art. 840 *octies*, 2° comma, c.p.c.: 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.

⁴⁷ Per alquanto diversi suggerimenti ispirati da tale disciplina cfr. Dondi e Giussani, "Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 193.

⁴⁸ E naturalmente di quanto implica ai fini della disciplina dell'onere della prova l'art. 24 Cost. (si permetta un rinvio a quanto chi scrive ha osservato in ordine agli orientamenti giurisprudenziali in materia in "Intorno alla vicinanza, facilità e non eccessiva onerosità della prova", in *Rass. esecuzione forzata*, 2019, 551, e più ampiamente in *Sulla "vicinanza" della prova del vizio della cosa venduta*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. proc.*).

La facoltà di revoca a posteriori appare 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 al decreto in qualità di interessato ai sensi dell'art. 840 *undecies*, 6° comma, c.p.c., con buona pace del divieto di intervento volontario di cui all'art. 840 *bis*, 5° comma, c.p.c., 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 attraverso la revoca dell'adesione.

25.—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*, 3° comma, c.p.c. (per la fase di liquidazione) e dall'art. 840 *undecies*, 7° comma, c.p.c. (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*, 3° comma, c.p.c., 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)⁴⁹.

La contrarietà alla normativa sovraordinata delle regole in parola è talmente plateale da far temere che, nonostante non si rinvenano disposizioni equivalenti a quella di cui all'art. 204, 5° comma, del d.lgs. 14/2019 (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

⁴⁹ Non sembra infatti potersi prescindere dall'analisi risalente già a Corte cost. 23 aprile 1987, n. 146 e Corte cost. 18 maggio 1989, n. 251.

anche dal lato del resistente⁵⁰: 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*, 8° comma, c.p.c., pronuncia sull'impugnazione che può proporsi, nella forma dell'opposizione, avverso il provvedimento di liquidazione.

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.

26.—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*, ult. comma, c.p.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*, 1° comma, lett. *b*, c.p.c., per prognosi di infruttuosità, perché le corrispondenti disposizioni applicabili nel procedimento esecutivo ordinario e nelle procedure relative alla crisi d'impresa⁵¹ 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* c.p.c. 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* c.p.c., ossia quando la procedura di determinazione del *quantum* è in linea di principio già terminata.

Si potrebbe allora pensare che l'art. 840 *quinqüesdecies*, 1° comma, lett. *b*, c.p.c., 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

⁵⁰ Trattandosi invero di uno schema che, laddove manchino i presupposti dell'insolvenza o dell'avvenuto esperimento dell'azione esecutiva, appare più adeguato a meccanismi di degiurisdizionalizzazione deflattiva (si può pensare, per es., alle regole previste nel Libro VI, Titolo I, dedicate ai modi alternativi di risoluzione delle controversie e istitutive del "tentativo obbligatorio di conciliazione – decisione allo stato degli atti" dinanzi agli uffici di conciliazione, del progetto di codice di rito proposto in Proto Pisani, "Per un nuovo codice di procedura civile", in *Foro it.*, 2009, V, 1).

⁵¹ Cfr. l'art. 164 *bis* disp. att. c.p.c., gli artt. 102 e 118, 1° comma, n. 4, l. fall., e gli artt. 209 e 233, 1° comma, lett. *d*, d.lgs. 14/2019.

si trovi⁵², 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 rilevanti⁵³: sembra doversi concludere che la norma possa trovare ragionevole applicazione soltanto nei casi in cui l'impresa convenuta sia sottratta alla liquidazione giudiziale (ad esempio perché minore)⁵⁴.

27.—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*, 2° comma, lett. *h*, c.p.c. (da ritenersi *in rem propriam*, dato che il rappresentante percepisce il compenso direttamente dal resistente ai sensi dell'art. 840 *novies*, 1° comma, c.p.c., ma soggetti comunque, in esplicita deroga alla regola di cui all'art. 1723, 2° comma, c.c., alla revoca anche senza giusta causa sia, come si è detto, da parte dell'aderente, sia, *ex art.* 840 *sexies*, 2° comma, c.p.c., 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*, 2° comma, c.p.c., 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*, 2° comma, c.p.c., della qualità di pubblico ufficiale e la previsione, ai sensi dell'art. 840 *sexies*, 1° comma, lett. *g*, c.p.c., 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* c.p.c., 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* c.p.c. gli conferisce la facoltà di impugnare il decreto di cui all'art.

⁵² La regola di cui all'art. 43, 3° comma, l. fall., ha infatti trovato conferma nell'art. 143, 3° comma, d.lgs. n. 14/2019.

⁵³ Alle disposizioni di cui agli artt. 216 e segg. l. fall. sono infatti succedute quelle di cui agli artt. 322 e segg., d.lgs. n. 14/2019.

⁵⁴ Alla luce della sostituzione della disciplina di cui all'art. 1 l. fall. con quella di cui agli artt. 2 e 121, d.lgs. n. 14/2019; cfr. anche quanto rilevato a proposito della nozione di impresa rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina in esame *supra*, nel § 3.

840 *octies*, 5° comma, c.p.c., che l'art. 840 *terdecies* c.p.c. 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* c.p.c. gli permette di negoziare con il resistente una composizione amichevole (da ritenersi possibile sia in tutto sia in parte⁵⁵) della fase di determinazione del *quantum*, ancorché per la sua efficacia occorra un'omologazione giudiziale.

28.—I nodi della commistione di funzioni pubblicistiche e privatistiche vengono però al pettine laddove l'art. 840 *quaterdecies*, 8° comma, c.p.c., 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. 3/2017): 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*, 7° comma, c.p.c., 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*, 4° comma, c.p.c., 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*, 1° comma, c.p.c., prima della sentenza, e quindi ben prima della stessa nomina del rappresentante comune, trasmesse con strumenti informatici che escludono che ne occorra ulteriore 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

⁵⁵ Posto che, come si dirà nel prossimo §, è consentito a ciascun aderente rifiutare l'accordo, è fisiologico che la composizione amichevole della lite possa perfezionarsi rispetto a una parte soltanto della classe, fermo restando che nulla impedisce di condizionare l'accordo al mancato rifiuto di tutti o di una parte degli interessati (cfr. le considerazioni svolte e i riferimenti indicati da chi scrive già in "Azione di classe, conciliazione e mediazione", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 166).

il dettato dell'art. 2 d.l. n. 132/2014, conv. in l. n. 162/2014, con riferimento alle convenzioni di negoziazione assistita⁵⁶, ma si tratta pur sempre ancora di funzione svolta, ai sensi del relativo 6° comma, 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)⁵⁷.

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

29.—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 di un onere di recesso agli interessati (e compresi anche quanti non abbiano previamente aderito), anche in situazioni in cui non sarebbe conseguibile un accoglimento del merito dell'azione di classe⁵⁸.

Può comunque in qualche modo risultare sconcertante che un onere di recesso si adotti proprio rispetto all'atto produttivo di effetti consumativi, e non invece a quello di mero esercizio del diritto, e infatti nel dibattito statunitense

⁵⁶ Peraltro proprio la deontologia forense induce a escludere che possa davvero un unico avvocato autenticare entrambe le sottoscrizioni della convenzione di negoziazione assistita (cfr. in proposito già i rilievi di Borghesi, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in *www.judicium.it*, 13).

⁵⁷ Ossia senza bisogno di soddisfare i requisiti di cui all'art. 2703 c.c. (cfr., per es., Cass., s.u., 28 novembre 2005, n. 25032).

⁵⁸ Per es. in Olanda con il *wet collectieve afwikkeling massaschade* (cfr. *supra* § 19); v. anche, sull'esperienza statunitense della c.d. *settlement class*, quanto riportato da chi scrive in "La transazione collettiva per i danni futuri: economia processuale, conflitti d'interesse e deterrenza delle condotte illecite nella disciplina delle «class actions»", in *Foro it.*, 1998, IV, 175, e in "L'edizione definitiva dei Principles of the Law of Aggregate Litigation dell'American Law Institute", in *Riv. dir. proc.*, 2012, 431.

non si era mancato di proporre l'introduzione dell'onere di adesione proprio soltanto rispetto alla composizione amichevole della lite⁵⁹.

30.—Così come nelle suddette esperienze, peraltro, è all'uopo necessario un provvedimento giudiziale di approvazione dell'accordo, ai fini del quale gli aderenti hanno diritto di formulare contestazioni.

Rimane tuttavia incerto, nel dettato dell'art. 840-*quaterdecies* c.p.c., 5° comma, c.p.c., in base a quali criteri l'approvazione debba o meno concedersi avendo riguardo, secondo la formulazione della norma, agli interessi degli aderenti: sembra senz'altro indefettibile una valutazione dei presupposti di regolarità formale dell'atto e di conformità dello stesso alle norme imperative dell'ordinamento, ma non è chiaro se, come accade negli Stati Uniti, debba anche verificarsi che il contenuto dell'accordo non sia eccessivamente difforme dall'attualizzazione del valore delle pretese degli aderenti, e non sia iniquamente discriminatorio nei confronti di alcuni di essi.

Anche se non è automaticamente iniquo che si adottino criteri di quantificazione del risarcimento differenti per categorie di aderenti, o addirittura che si offrano cifre anche arbitrariamente diversificate, può comunque accadere che un'offerta sia sperequata in termini grossolanamente eccessivi, ovvero articolata in base a criteri offensivi di valori prioritari per l'ordinamento, ad esempio fondandosi su irrilevanti distinzioni di genere⁶⁰.

Solo apparentemente, infatti, tali eventualità non sono pregiudizievoli per gli aderenti per effetto del diritto di recesso, attribuito dall'art. 840-*quaterdecies*, comma 7°, c.p.c., alla sola condizione che questi abbiano formulato contestazioni, senza neppure richiedere (stando al dettato della norma) che queste siano state respinte, e nemmeno che fossero provviste di apparenza di fondatezza: è infatti la conciliazione collettiva, ben più dell'azione di classe, a prestarsi ad abusi in guisa da richiedere un'omologazione giudiziale che ne attesti la rispondenza ad equità, e ciò anche qualora si abbia facoltà di recedervi, e anche qualora la classe ricomprenda soltanto quanti vi abbiano espressamente aderito⁶¹.

Anche sotto questo profilo, dunque, appare auspicabile che il legislatore approfitti della *vacatio legis* per modificare la disciplina di cui si va discorrendo, e assicuri un più equilibrato rapporto fra gli obiettivi di economia

⁵⁹ V. i riferimenti che chi scrive ha indicato in *Azioni collettive*, cit., 131 (e cfr. quanto ancora prima prospettato già in *Studi*, cit., 410 ss.).

⁶⁰ Nel 2018 è stata introdotta la previsione della *Federal Rule of Civil Procedure* 23(e)(2)(D), esplicitamente ostativa alla omologazione di conciliazioni iniquamente discriminatorie, generalizzando regole già contemplate dal *Class Action Fairness Act* del 2005 su cui v. già i rilievi svolti da chi scrive in *Azioni collettive*, cit., 73 s.

⁶¹ È appena il caso di rammentare che l'omologazione delle composizioni amichevoli della lite era contemplata già dalla c.d. *Moore Rule*, ossia dalla versione della *Federal Rule of Civil Procedure* n. 23 del 1938, anche per la c.d. *spurious class action* (ossia per l'azione di classe in senso improprio), allora soggetta all'onere dell'adesione in luogo di quello del recesso introdotto nel 1966 (v. già, anche per riferimenti, quanto esposto da chi scrive in *Studi*, cit., 42 s.).

processuale e quelli di ampliamento dell'accesso alla giustizia e deterrenza degli illeciti che l'istituto dell'azione di classe può perseguire.

31.—Appare per converso alquanto improbabile che una conciliazione collettiva possa concretizzarsi prima della pronuncia della sentenza, benché il già menzionato art. 840 *quaterdecies*, 1° comma, c.p.c., contempra la formulazione all'uopo di una proposta giudiziale aperta agli aderenti⁶².

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 aderenti⁶³ la stessa proposta ma al netto di tale valore.

Si tratta quindi di un problema che avrebbe senso affrontare prendendo ispirazione dalla vasta esperienza statunitense in materia, in cui si prevede che il compenso al difensore per l'attività svolta in favore dei componenti passivi della classe sia dovuto anche in caso di composizione amichevole della lite, e che anche in tale ipotesi esso venga però determinato dal giudice e non dall'accordo delle parti⁶⁴.

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 applicabile alla nuova normativa il rinvio all'art. 140 *bis* c. cons. da parte dell'art. 5, comma 1° *bis*, del d.lgs. 28/2010, evitandosi così che la procedibilità dell'azione di classe sia condizionata dal previo esperimento della mediaconciliazione⁶⁵.

⁶² E quindi in quanto tale, benché indirizzata alle parti, necessariamente riferita alle posizioni degli aderenti, diversamente dalla proposta che pure il giudice potrebbe formulare con riferimento alle sole parti *ex art.* 185 c.p.c.: l'accettazione delle parti è infatti funzionale all'adesione all'accordo di questi (cfr. in proposito i rilievi già svolti da chi scrive in "Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1294 ss.).

⁶³ Naturalmente ove questi si siano avvalsi del patrocinio, non necessario ma neppure escluso dall'art. 840 *septies*, 6° comma, c.p.c., di cui si è detto *supra* (nel § 23), l'offerta della difesa tecnica del convenuto dovrà essere indirizzata al legale (cfr. quanto si è rilevato a suo tempo in Dondi e Giussani, "Azioni collettive risarcitorie e deontologia forense: lacune del diritto interno e prospettive future", in *Foro it.*, 2008, V, 272).

⁶⁴ Intorno alla disciplina risultante dalla introduzione nel 2003 della *Federal Rule of Civil Procedure* 23(h), e nel 2005 del *Class Action Fairness Act*, cfr. già i riferimenti indicati da chi scrive in *Azioni collettive*, cit., pp. 88 ss., 132 ss.

⁶⁵ Se infatti è già estremamente improbabile che prima della sentenza di accoglimento si possa effettivamente raggiungere una conciliazione collettiva sulla base di una proposta formulata dal giudice, ancor meno plausibile è che tale risultato possa conseguirsi attraverso l'opera di un terzo che neppure

D'altronde non è comunque impedito che composizioni amichevoli della lite possano concretizzarsi, con riferimento a tutti come ad alcuni soltanto dei componenti della classe, sulla base delle regole generali, e diversamente dallo schema di accordo poc'anzi esaminato, ai cui effetti gli aderenti hanno l'onere di sottrarsi formulando tempestivo recesso, la proposta giudiziale (così come quelle del convenuto), dovendo essere da questi espressamente accettata, non richiede alcuna verifica della sua corrispondenza ad equità⁶⁶.

32.—Merita poi 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*, 1° comma, lett. *h*, c.p.c., 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 3° comma 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*, 6° comma, c.p.c., che l'adesione avviene anche senza ministero di avvocato.

L'altra si rinviene nell'art. 840 *novies*, 3° comma, c.p.c., 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 5° comma, 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 4° comma (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 (potendosi invece concludere che il

possiede l'autorevolezza di chi è destinato a decidere la causa: cfr. quanto chi scrive ha già osservato in *Le composizioni*, cit., 1297, e in precedenza in *Azione di classe, conciliazione e mediazione*, cit., 172; va in proposito rilevato che la giurisprudenza tende a ravvisare rinvii ricettizi persino all'interno di un medesimo codice (v., per es., Cass., sez. un., 1 febbraio 1999, n. 6, in *Corr. giur.*, 1999, 854, con nota critica sul punto di chi scrive *L'estraneità della lite rispetto alla giurisdizione italiana deducibile con regolamento preventivo ex art. 41 c.p.c.*); cfr. anche quanto si osserverà, a proposito del coordinamento con le disposizioni previgenti delle regole in punto di compensi di difesa, *infra*, nel prossimo §, e della nuova disciplina dell'inibitoria, *infra*, nel § 35.

⁶⁶ Benché, come si è notato, se la disciplina in parola fosse davvero passibile di applicazione in via di fatto, non sarebbe stato incongruo prevederla lo stesso, non tanto (ovviamente) per le proposte provenienti dal giudice, quanto per quelle provenienti dal convenuto, nella misura in cui rischiano di arrecare pregiudizio agli aderenti che non intendano accettarle (posto che, come si è visto, questi non sono protetti dall'effetto interruttivo-sospensivo della prescrizione, e che in caso di conciliazione la prosecuzione dell'azione di classe ne richiede il subentro nella veste di parte: cfr. quanto rilevato *supra*, nei §§ 10, 11 e 29).

richiamo del 1° comma da parte del 6° comma direttamente, e del 7° comma indirettamente, alla luce del dettato del 5° comma, comporti l'applicabilità alle sole azioni *ex art. 140-bis c. cons.* ancora proponibili in forza dell'ultratattività della previgente disciplina contemplata dall'art. 7, 2° comma, della l. n. 31/2019 del disposto dell'art. 4, 10° comma del D.M. n. 55/2010 ai fini della quantificazione dei compensi del difensore tecnico).

33.—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*, 2° comma, c.p.c.), 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* c.p.c., 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.⁶⁷, o comunque in caso di mancato trattenimento delle somme *ex art. 840 terdecies*, 2° comma, c.p.c., in ragione della definitività del decreto, che ben può sopravvenire prima del passaggio in giudicato della sentenza).

⁶⁷ Essendo pacifico che anche il pagamento spontaneo senza riserva alcuna non abbia valore di acquiescenza tacita in presenza di provvedimenti esecutivi (v., per es., già Cass., s.u., 1° dicembre 2000, n. 1242, e più di recente Cass. 25 giugno 2014, n. 14368).

34.—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 comune⁶⁸.

Peraltro un margine di rischio d'impresa grava comunque pacificamente sul rappresentante comune, posto che il suo compenso è determinato dall'art. 840 *novies* c.p.c. 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.

35.—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 scelto⁶⁹.

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

⁶⁸ Potendosi in tale ottica assoggettarli a un regime come quello del rimborso spese forfettarie di cui all'art. 2 del D.M. n. 55/2014, emanato ai sensi dell'art. 13, 6° comma, l. n. 247/2012, per gli avvocati, e per i curatori fallimentari all'art. 4 del D.M. n. 30/2012, emanato ai sensi dell'art. 39 r.d. n. 267/1942.

⁶⁹ Si è invero ripetutamente osservato che la standardizzazione dell'accertamento nell'azione di classe tende a produrre un effetto sostanziale redistributivo all'interno del gruppo tutelato, che si può accettare in ragione della facoltatività dello strumento (cfr. i rilievi svolti da chi scrive in *Le azioni*, cit., 165).

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*, 1° comma, c.p.c.).

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 spese⁷⁰.

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*.

36.—Nelle previsioni concernenti l'azione inibitoria collettiva salta senz'altro all'occhio dell'interprete la previsione dell'art. 840 *sexiesdecies*, 6° comma, c.p.c., che permette la fissazione di misure coercitive anche al di fuori dei casi previsti dall'art. 614 *bis* c.p.c.: sembra naturale riferire il concetto al contenzioso del lavoro⁷¹.

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 9° comma: risponde alla stessa *ratio* del divieto di intervento volontario 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.

⁷⁰ Si fa qui ovviamente riferimento a Corte cost. 29 novembre 1960, n. 67.

⁷¹ A seguito del d.l. n. 83/2015, convertito in l. n. 132/2015, sono rimaste necessariamente sottratte all'*astreinte* soltanto le controversie di lavoro e le condanne pecuniarie, ma è rispetto al primo dei due settori esclusi che la scelta legislativa, risalente alla l. n. 69/2009, è apparsa più discutibile (cfr., per es., Taruffo, "Introduzione: le ultime riforme della giustizia civile", in Taruffo (a cura di) *Il processo civile riformato*, Torino, 2010, 8 s.).

Anzitutto, infatti, deve rilevarsi che le implicazioni restrittive che ne discendono in punto di legittimazione ad agire⁷² si proiettano sull'applicazione di varie disposizioni i cui rinvii alla precedente disciplina si qualificano come non ricettizi: per ritenere che le associazioni iscritte nell'elenco di cui all'art. 137 c. cons. (che non è abrogato) possano ancora esperire (salvo che in forza dell'ultrattività delle norme abrogate di cui all'art. 7, 2° comma, della l. n. 31/2019) 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 ricettizi (e in tal caso ritenere altresì che operi il condizionamento della giurisdizione alla previa diffida stragiudiziale di cui all'art. 140, 5° comma, c. cons., non contemplato dall'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.)⁷³.

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 intracomunitari⁷⁴: si tratta di un'evidente infrazione a cui dovrà sicuramente porsi rimedio nel corso della *vacatio*.

⁷² Posto che l'art. 840 *sexiesdecies*, 1° comma, c.p.c., rinvia all'elenco di cui all'art. 840 *bis*, 2° comma, di cui si è detto *supra*, nel § 2.

⁷³ Posto che le dette disposizioni rinviano proprio all'art. 140 c. cons. (cfr., in proposito, quanto già osservato *supra*, nel § 31).

⁷⁴ La disposizione in parola era stata infatti introdotta nell'art. 3, comma 1° *bis*, della l. n. 281/1998, da parte dell'art. 2 del d.lgs. n. 224/2001, e poi trasfusa nel c. cons., in attuazione dell'art. 4 della direttiva 98/27/CE, a sua volta sostanzialmente ripreso sia dall'art. 4 della successiva direttiva 2009/22/CE (che ha sostituito la precedente), sia nella menzionata proposta di direttiva diretta a sostituire quest'ultima (COM/2018/184 *final*).