

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di diritto processuale civile

Le tutele giurisdizionali dei procedimenti collettivi

RELATORE:

Chiar.mo Prof.

Panzarola

CANDIDATO:

Faccenda Thomas

Matricola:

CORRELATORE:

133663

Chiar.mo Prof.

Capponi

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

Indice

Le tutele giurisdizionali dei procedimenti collettivi

Introduzione

Capitolo 1: Il principio di effettività della tutela

- 1. La definizione e la nozione sociale dell'effettività.
- 2. Il fondamento costituzionale, internazionale e interpretazione del principio di effettività.
- 3. L'esplicazione oggettiva del principio di effettività.
 - (Segue) 3.1. L'Accesso al giudice.
 - (Segue) 3.2. La pluralità di azioni.
 - (Segue) 3.3. La pluralità di tutele.
 - (Segue) 3.4. La pluralità di giurisdizioni.
 - (Segue) 3.5. Gli effetti della domanda e giusto processo.
- 4. L'esplicazione soggettiva del principio di effettività.
 - (Segue) 4.1. Il legislatore.
 - (Segue) 4.2. La giurisprudenza.
 - (Segue) 4.3. La dottrina.
 - (Segue) 4.4. I cittadini.

Capitolo 2: L'effettività della tutela consumeristica

- 1. Premessa.
- 2. Il consumatore e il codice del consumo.
- 3. L'effettività della tutela sostanziale consumeristica.
- 4. L'effettività della tutela processuale.
- 5. La *class action* statunitense.
- 6. Le differenze dell'azione di classe negli anni nel suo lungo *iter* legislativo.

(Segue) 6.1. I primi progetti: nn. 3838 e 3839 del 2003.

(Segue) 6.2. Il primo approdo: la legge 244 del 24 dicembre 2007.

(Segue) 6.3. Dall'azione collettiva risarcitoria all'azione di classe: la riforma del 2009.

(Segue) 6.4. Un ulteriore cambio di rotta: Decreto-legge 1/12.

- 7. Il funzionamento dell'azione di classe.

- 8. Comparazione fra i modelli statunitense e italiano.

Capitolo 3: La futura tutela dei procedimenti collettivi

- 1. Premessa.

- 2. L. 31 del 12 aprile 2019: “Disposizioni in materia di azione di classe”.

(Segue) 2.1. L'ambito di applicazione.

(Segue) 2.2. La forma e l'ammissibilità domanda.

(Segue) 2.3. Il procedimento.

(Segue) 2.4. La sentenza d'accoglimento e le modalità di adesione all'azione.

(Segue) 2.5. La chiusura anticipata del procedimento.

(Segue) 2.6. Il progetto dei diritti individuali omogenei.

(Segue) 2.7. Le spese del procedimento.

(Segue) 2.8. L'adempimento spontaneo.

(Segue) 2.9. Gli accordi di natura transattiva.

(Segue) 2.10. Il regime delle impugnazioni.

(Segue) 2.11. La pubblicazione – comunicazione dei provvedimenti.

(Segue) 2.12. Il regime probatorio.

(Segue) 2.13. La pluralità di azioni di classe.

(Segue) 2.14. L'esecuzione forzata collettiva.

(Segue) 2.15. L'azione collettiva inibitoria.

- 3. La struttura e il funzionamento della nuova Azione di Classe e ipotesi “*de iure condendo*”.

Conclusioni

Introduzione

Fin da quando l'uomo ne ha memoria e probabilmente anche da prima, ha sempre provveduto ad organizzare la sua esistenza e il suo vivere sia da un punto di vista personale come singolo individuo, sia da quello sociale rispetto ai rapporti con le altre persone.

Questo tipo di organizzazione, inizialmente primordiale, è poi passata ad un grado di complessità sempre maggiore, ponendo le basi per il comune e pacifico vivere sociale.

Nel corso dei secoli infatti la società si è curata della propria gestione, andando a delineare le circostanze oggetto della normale vita quotidiana, fino a far approdare la delineazione delle varie fattispecie giuridiche in una dimensione in cui, almeno astrattamente, la quasi totalità delle situazioni, che potessero intercorrere fra due o più soggetti, siano state definite compiutamente, in modo così da non lasciare errori sistematici, zone grigie o ombre normative.

L'uomo quindi nella sua veste di animale sociale¹ ha da sempre sentito la necessità e l'esigenza della predisposizione di una serie di norme e di regole di condotta che gli permettessero di intraprendere una serie di rapporti con i suoi simili.

Per il raggiungimento questo tipo di necessità l'essere umano, da intendersi nella sua accezione generale di specie, ha elaborato nel corso dei secoli diversi metodi volti a regolare la sua esistenza, i quali sono stati sentiti come necessari in virtù della sua natura e dall'essenza intrinsecamente sociale che lo anima.

Con il sorgere della vita in comunità infatti i vari comportamenti di ciascun individuo hanno iniziato ad influenzare quelli degli altri, dapprima magari come semplice termine di paragone, per poi divenire ed approdare, in una fase più avanzata, ad una vera e propria commistione di regole di condotta fra gli uni e gli altri. Per certi aspetti infatti, questo tipo di fenomeno raggiunse una dimensione talmente importante da permettere la possibilità della determinazione dell'appartenenza di un soggetto ad uno specifico nucleo, gruppo, insieme o comunità semplicemente dal suo modello di comportamento e dal modo in cui si interfacciava e interagiva con gli altri.

¹ Tale definizione risulta essere attribuibile al pensiero di Aristotele, ma risulta essere stata riaffermata successivamente anche da altri importanti pensatori della storia, come San Tommaso e Darwin.

Successivamente da questa situazione di diversità sociale ne derivò e si passò ad un'altra in cui tutte le persone iniziarono ad influenzarsi vicendevolmente in base al diverso modello comportamentale che era da loro posseduto e lo stesso poteva dirsi, salendo al gradino superiore in una scala di cerchi concentrici, dei nuclei familiari, dei piccoli villaggi, dei paesi e delle grandi città. Dunque, alla fine si arrivò alla diffusione di modelli comportamentali aventi tratti e lineamenti simili in quasi tutto il mondo, nonostante la provenienza da paesi d'origine differenti o le profonde divergenze sociali di base.

Dalle iniziali regole di condotta, basate sul semplice buon senso e sul rispetto tacito ma condiviso delle stesse, si è passati alla creazione di prassi sociali, che si sono trasformate e tramutate in consuetudini, divenute poi norme.

Da questa lunga e lenta trasformazione si è alla fine giunti, e non senza qualche salto o intoppo, agli attuali sistemi giuridici, propri della maggior parte delle comunità contemporanee, soprattutto di matrice occidentale, dove la vita dei consociati è regolata da un *corpus* di norme di varia natura ed in continuo mutamento secondo quella che dovrebbe essere, in teoria, l'identità sociale o, quanto meno, una parziale aspirazione di essa.

La creazione di questa vasta gamma di norme attribuisce ai soggetti ad essi sottoposti diverse situazioni giuridiche sia dal lato attivo (e perciò da essi azionabili), sia dal lato passivo (e di conseguenza ad esse sottoposti).

Con questo genere di affermazioni ci si riferisce a tutta la schiera di diritti, interessi, facoltà, oneri, doveri e restrizioni, che in diversa maniera promanano dagli ordinamenti giuridici e che i consociati, almeno teoricamente, si impegnano a rispettare sia reciprocamente, sia nei confronti di finalità ben più alte di quelle individuali, così come ad esempio potrebbero essere gli interessi di un gruppo, di una nazione o anche dell'intero pianeta.

La creazione di questi vasti e variegati sistemi normativi, ritornando a quanto accennato all'inizio di questo testo, ha quindi la finalità di regolare la vita della comunità e dei singoli consociati per il miglioramento e la prosperità sociale. Il fine ultimo sembrerebbe quindi di conseguenza il poter fare in modo che nessuno debba ritrovarsi in situazioni tali da dover partire, ingiustificatamente, una serie di problematiche, lamenti o doglianze di qualsiasi sorta.

Sebbene questa sia la teorica e ben sperata finalità, chiunque, anche coloro che si ritrovino ad essere meno avvezzi alla realtà sociale in cui si trovano e che li circonda, risulta

essere in grado di accorgersi e di notare quanto essa, spesso, rimanga quantomai una pura e vana prospettiva ideale, una tendenza astratta e ideologica, dalla realizzazione problematica ed incerta.

Ogni giorno infatti, davanti agli occhi di ciascuno di noi e senza accennare a ciò che invece è fuori dalla nostra portata visiva e che invece è ben più allarmante e disarmante, vengono perpetrati e portati avanti diversi numerosi comportamenti che violano questa aspirazione, avvilandola e sacrificandola, a volte per motivi economici, altre personali e sia in relazione a singoli individui, che a gruppi di persone ma anche intere e indeterminate categorie di soggetti.

In questa prospettiva, accanto a queste regole, spesso brutalizzate, di natura primaria, la società ha sentito l'esigenza, la necessità e forse anche il dovere visto il loro continuo venir meno, della creazione di un altro *corpus* normativo, questa volta di natura derivata e secondaria, reso necessario dall'incessante insorgere di situazioni patologiche all'interno della comunità, che abbia come finalità il regolamento delle vicende scaturite dall'insorgere di un illecito e ad esso successive.

Tale ulteriore normativa, da classificarsi come processuale, è quindi volta a permettere che coloro che si vedano offesi dalla condotta o dal comportamento di un altro soggetto possano andare a adire l'autorità statale, richiedendo la soddisfazione che gli spetta e alla quale hanno diritto attraverso la tutela giurisdizionale.

Una volta che un siffatto sistema sia stato predisposto l'attenzione si deve necessariamente spostare sulla sua realizzazione, la quale deve essere improntata e fortemente direzionata verso il raggiungimento di un elevato grado di tutela per i consociati, nonché verso la sua effettività che deve essere garantita sia a livello sostanziale che a livello processuale.

Tale elevato livello di attuazione del principio di effettività della tutela nel nostro ordinamento interno è garantito da numerose norme presenti in differenti codici, così come nella carta costituzionale, le quali fanno sì che a chiunque siano garantiti un certo numero di diritti fondamentali che possano correttamente e adeguatamente permettere di considerare come assodato un determinato livello di tutela.

Questa particolare "presunzione" è stata per certi versi una delle problematiche maggiori che si sono riscontrate in determinati ordinamenti, di cui il nostro fa sicuramente parte, ossia che venisse data per scontata l'effettività della tutela.

Prima di tale supposizione, i vari ordinamenti giuridici vedevano all'effettività della tutela non come un dato presupposto all'intero sistema normativo, ma bensì come valore tendenziale da raggiungere da parte dell'ordine costituito. Fu infatti nel suo passaggio da obbiettivo ideale a dogma aprioristico che si iniziarono a sviluppare le prime criticità sistematiche delle strutture e degli apparati di diritto.

Coloro che mettevano fra gli assiomi di partenza quello che invece sarebbe dovuto essere l'obbiettivo da raggiungere erano destinati necessariamente a fallire. Non si può e non si deve infatti dimenticare che è l'effettività a dare valore ad una norma e non viceversa.

Ciò che invece accadde fu il ritenere come già esistente un certo livello di effettività della norma stessa, che in qualche modo andava a giustificare, senza evidenti ragioni, le norme e l'ordinamento che erano quindi considerati per sé stessi valevoli e validi.

La grossa dimenticanza a tal riguardo risiede nel fatto che è il comportamento tenuto dai consociati a garantire il livello di esistenza e di effettività dell'ordinamento e non una sua mera affermazione.

Nel nome di questo "primordiale" errore fondamentale numerosi sono stati gli sbagli compiuti successivamente e da esso derivanti. Sono infatti state predisposte numerose norme che non hanno avuto la lungimiranza della considerazione della tutela in tutti i suoi aspetti e a livello generale poiché si credeva, erroneamente, che essa fosse già esistente.

Tale problematica potrebbe forse essere risolta facendo riacquisire al principio di effettività la sua vera natura ossia quella di valore da perseguire e da raggiungere così che possa orientare l'intero sistema normativo esistente e non lasciarlo inattuato.

Come però risulta agevole comprendere, il raggiungimento di una tale prospettiva sembra non essere poi così scontato, in quanto il modello kelseniano di validità della regola giuridica risulta essere ben radicato nella maggior parte degli ordinamenti giuridici attuali.

Ciò che infatti si credeva a quell'epoca e a cui si dava maggiormente importanza era la concezione dell'ordinamento giuridico come un sistema di norme obbiettive, un insieme di precetti che fossero l'espressione della "dottrina pura" come avalutativa² e quindi priva di presupposti e concezioni morali e valoriali. Tale dottrina non ideologica considerava solo l'essere del diritto, la sua forma statica e la natura specifica delle norme, tralasciando di considerare nelle sue varie indagini le sue possibili e astratte prospettive o tendenze,

² A tal riguardo risulta essere molto forte l'influenza avuta da Weber sull'idea del diritto Kelseniana che risulta infatti essere egualmente priva di concezioni morali, valoriali o ideologiche.

dimenticando il suo dover essere qualcosa di più di una mera formalizzazione della legge in un'ottica di valori e di principi fondanti la realtà sociale.

Coerentemente con il superamento della concezione formalistica della legge (il quale in realtà risulta di ben difficile attuazione, soprattutto per quanto riguarda i vari ordinamenti di *civil law*, visto l'elevato attaccamento al valore letterale della norma) si potrebbe ipotizzare un ulteriore avanzamento nella concezione del diritto che riesca a permettere di effettuare un salto di qualità considerevole nella scienza giuridica, andando a migliorarne il funzionamento e la realizzazione e apportando un aumento del dinamismo giuridico in una spinta entusiastica d'innovazione.

Con una tale prospettiva ci si riferisce alla transizione e al passaggio dal formalismo giuridico all'antiformalismo per un'espressione più elevata, pregnante ed efficace dell'effettività della tutela, intesa in entrambe le sue vesti, giurisdizionale e non.

Per antiformalismo può essere intesa una duplice accezione, una prima riguardante una sua visione interpretativa e una seconda attinente alla sua dimensione sociale.

Con la prima viene inteso che nell'interpretazione delle norme si debba giungere, in un'ottica di interpretazione anche evolutiva, all'affermazione di quei diritti che vadano effettivamente tutelati in relazione alla realtà concreta, che può e anzi deve portare all'integrazione e correzione del parametro normativo considerato, spingendosi finanche al punto del suo completo superamento ove necessario.

Per quanto riguarda invece la sua veste sociale, l'antiformalismo è da intendersi come una realtà dinamica, ossia che diventi l'espressione delle esigenze e delle richieste avvertite a livello sociale dai consociati, non permettendone quindi la cristallizzazione in un'ottica antistatica in continuo e perpetuo mutamento.

L'autore del presente elaborato è dell'avviso che l'antiformalismo vada attuato in entrambe le sue dimensioni poiché con la prima garantisce la pratica e sicura attuazione di un elevato livello di effettività della tutela la quale potrà essere raffrontata e paragonata alle concrete esigenze scaturenti dai singoli casi di specie. Mentre il favore nella sua veste dinamico-sociale risulta derivare dalla credenza della necessità di una tale natura del diritto che sia in grado di adeguarsi alle numerose e nuove necessità esistenziali che costantemente vengono alla luce nella società attuale in continuo movimento.

L'obbiettivo che quindi ci si prefigge con la presente tesi sarà di valutare come un tale concetto e principio possa andare a trovare attuazione nel nostro ordinamento fino ad arrivare

ad affermarsi in maniera stabile. Per fare ciò si vedrà prima il valore che il principio di effettività della tutela giurisdizionale possiede nel nostro sistema normativo interno, passando poi ad ipotizzare invece quale dimensione ulteriore potrebbe avere e concludendo infine tale analisi andando a valutare come possa attuarsi in concreto, soprattutto e specificatamente in relazione alla tutela giurisdizionale collettiva della quale si proveranno a prospettare le tendenze pratiche e ideologiche.

A riguardo si proverà dunque ad analizzare in che modo l'essere umano abbia deciso di regolarsi nell'epoca contemporanea, quali siano le ideologie di base dietro tali regolamentazioni, come intenda il principio di effettività della tutela giurisdizionale e come dovrebbe intenderlo, quali siano i risultati che abbia raggiunto in determinate e particolari aree del diritto, quali siano gli ambiti in cui dovrà andare ad operare nuovamente e quali possano essere le tendenze che porteranno naturalmente ad una riscrittura e modifica del sistema normativo in futuro.

Un'ulteriore aspirazione di questo elaborato risulta quindi essere quella di effettuare una valutazione su come l'uomo si sia regolato e abbia inteso la sua regolamentazione riguardo al principio di effettività e i procedimenti collettivi, così da riuscire a comprendere il reale valore della disciplina in questione, provando a riguardo ad avanzare - nelle pieghe finali del discorso - alcune possibili ipotesi di futura riforma per permettere un funzionamento più adeguato e coerente al principio di effettività della tutela giurisdizionale e al suo riflesso sulla società.

Il principio di effettività della tutela

SOMMARIO: 1. La definizione e la nozione sociale dell'effettività. – 2. Il fondamento costituzionale, internazionale e interpretazione del principio di effettività. – 3. L'esplicazione oggettiva del principio di effettività. – *(Segue)* 3.1. L'Accesso al giudice. – *(Segue)* 3.2. La pluralità di azioni. – *(Segue)* 3.3. La pluralità di tutele. – *(Segue)* 3.4. La pluralità di giurisdizioni. – *(Segue)* 3.5. Gli effetti della domanda e giusto processo. – 4. L'esplicazione soggettiva del principio di effettività. – *(Segue)* 4.1. Il legislatore – *(Segue)* 4.2. La giurisprudenza. – *(Segue)* 4.3. La dottrina. – *(Segue)* 4.4. I cittadini.

1. La definizione e la nozione sociale dell'effettività.

L'effettività della tutela giurisdizionale è uno dei principi di maggior importanza dell'ordinamento della Repubblica italiana in quanto senza di esso difficilmente si potrebbe affermare la reale esistenza di uno Stato di diritto. È quindi posto alla sua base come solidissimo cardine di tutta la struttura giuridica, la quale ne è profondamente permeata e allo stesso tempo grazie a lui garantita.

La rilevanza che quindi un tale principio ha nel nostro ordinamento e il livello di centralità che assumerà all'interno di questa trattazione sono motivazioni adeguate e sufficienti per riuscire a convincere chi scrive, moralmente obbligandolo di conseguenza in tal modo, della importanza e necessità di alcune precisazioni preliminari per poter meglio approcciarsi all'esposizione del tema in oggetto, che saranno quindi ad esso funzionali e propedeutiche.

Prenderemo quindi le mosse di questa illustrazione dal dato letterale del termine in parola per poi approdare ad un suo significato più propriamente giuridico, da lì poi procederemo iniziando l'elaborazione e l'esposizione del contenuto di questa tesi.

Partendo dal dato terminologico, il vocabolo “effettività” è una derivazione della parola “effettivo”, nata in Italia nel diciottesimo secolo prendendo spunto, naturalizzandolo,

dal termine inglese *effectivness* e risulta essere il necessario e naturale superamento del francesismo *efficacità* che così mal si adattava al contesto italiano, sia parlato che scritto, per la sua formulazione e fonetica.

Prescindendo dal significato che gli viene attribuito nel panorama del diritto internazionale³, il vocabolo è da intendersi, secondo l'accezione comune, come realtà, consistenza, concretezza o esistenza di fatto⁴ ossia di un qualcosa che esiste praticamente e non a un livello puramente concettuale, la cui presenza è quindi tangibile, evidente e visibile ogni giorno.

Dal punto di vista giuridico sembra invece di potersi dire, almeno in una prima approssimazione, che il lemma in questione può essere inteso come corrispondenza fra la situazione esistente di fatto e la norma giuridica che regola astrattamente la fattispecie corrispondente, riguardando quindi la sua efficacia in concreto.

Successivamente il significato della parola fondante il principio è stato lungamente studiato ed elaborato dalla scienza della filosofia del diritto che lo ha associato, abbinandolo e combinandolo, con il termine "validità" in modo da metterlo a parametro dell'effettiva esistenza del diritto e dell'ordinamento giuridico e, di conseguenza dello Stato, assumendo quindi un contenuto simile a quello di "legittimità"⁵.

Tale definizione può però poi essere declinata in più modi⁶.

Da un punto di vista meramente materiale, utilizzandola quindi come un'espressione puramente descrittiva, il termine indica la corrispondenza, più o meno piena, di certi comportamenti tenuti da alcuni individui con certe norme.

Da un punto di vista finalistico, essa è invece da intendersi come un obiettivo da perseguire sia come rispetto puntuale ed effettivo delle norme vigenti in un determinato ordinamento giuridico, sia, e viceversa, come adeguamento delle norme giuridiche ai

³ L'effettività e la sua sussistenza è condizione e requisito necessaria per il riconoscimento giuridico di uno Stato e della sua personalità giuridica soggettiva internazionale. Consiste nel consolidarsi, in maniera stabile, di una situazione di fatto nel tempo, ossia il controllo di un governo su un popolo e un territorio.

⁴ Vocabolario TRECCANI, voce *Effettività*.

⁵ KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1933, Vienna. Traduzione italiana di Mario G. Losano: *La dottrina pura del diritto*, 1966, Torino, pag. 77 e ss. e 241. Nello stesso senso si veda SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1964, pag. 44.

⁶ LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività, in Europa e diritto privato*, fascicolo 4, 2018, pag. 1071.

comportamenti effettivamente posti in essere e perpetrati dalla comunità dei consociati dell'ordinamento statale dal quale le norme sono state promanate⁷.

La prima accezione è indubitabilmente legata alla concezione della legalità statale. Un ordinamento giuridico può ritenersi effettivamente esistente solo qualora le norme che esso ha predisposto siano concretamente rispettate dalla pluralità e maggioranza dei cittadini che si ritrovano al suo interno e, di conseguenza, ad esse sottoposti.

La motivazione di ciò è abbastanza evidente, sarebbe infatti da chiedersi come potrebbe esistere e, soprattutto, cosa possa essere, quell'ordinamento le cui norme non vengono attuate e rispettate, rimanendo, null'altro che lettera morta.

Senza addentrarci troppo in definizioni quali quella di “stato fantoccio” o “stato caduto”⁸ che in questa sede non ci interessano, sembra evidente che l'unica risposta possibile sia l'affermare che in una tale situazione non si abbia un qualcosa di ascrivibile alla categoria degli Stati, almeno non secondo la sopracitata definizione internazionalista.

Il problema è che questa concezione vede l'effettività come semplice presupposto logico dell'esistenza stessa di un ordinamento, prescindendo cioè da una sua affermazione esplicita o una sua ricostruzione. Una tale visione si basa esclusivamente sulla presunta presenza della effettività dell'ordinamento in virtù della semplice e mera affermazione dello Stato di diritto. È stato infatti «*elemento costante delle concezioni giuspositiviste assumere un certo grado di effettività sociale come requisito della validità del diritto*»⁹.

Tale prospettiva, seppur astrattamente corretta, non può non lasciare qualche perplessità a chi, come chi scrive, crede e ritiene sia evidente e sotto gli occhi di tutti quanto la semplice affermazione di una norma, in teoria bastevole presupposto per la sua attuazione sulla base dell'autorità statale, non sia altro che puramente ideale, non corrispondente alla realtà e forse, addirittura, irreal e utopica.

La seconda accezione dell'effettività, finalistica e tendenziale, mette in luce ed evidenzia il valore di tale concezione, attribuendogli dei connotati talmente positivi da far sì che essa divenga un'aspirazione dell'intero ordinamento, declinabile sia dall'alto verso il basso che dal basso verso l'alto.

⁷ Secondo l'antico brocardo latino “*ius est facultas exigendi*”, così caro al professore di diritto costituzionale Consolo.

⁸ FOCARELLI, *Diritto internazionale*, III ed., Vicenza, 2015, pag. 41.

⁹ PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale, Analisi e diritto*, 1998, pag. 203 ss..

In base alla prima l'effettività dovrebbe discendere dalle norme verso i soggetti stessi che sono chiamati a rispettarle. Dovrebbero cioè essere considerate da questi come corrette ed esatte e, per tale motivo, semplicemente rispettate secondo un meccanismo che, almeno per certi aspetti, potrebbe essere considerato quasi di giusnaturale memoria.

Questo meccanismo "discendente" appare in realtà di difficile attuazione vista la duplice difficoltà, incontrata nella storia sociale dell'uomo, sia di scrivere delle regole di condotta perfette, giuste e prive di un qualsivoglia errore o interpretazione problematica, sia del loro puntuale rispetto da parte dei consociati, in quanto l'esperienza insegna come l'uomo sia sempre stato incline a sopravalicare, scavalcare e infrangere i dettami della legge e del quieto vivere sociale¹⁰.

Il secondo significato, che prevede invece un meccanismo ascendente della norma, mette in luce il particolare fatto che un ordinamento giuridico esiste ed è tale se e nel limite in cui sia l'espressione formale del diritto che è avvertito come vivente e corretto da una comunità.

E che anzi qualora un tale diritto non fosse stato ancora espresso positivamente, ma nonostante ciò fosse avvertito come necessario dai consociati, dovrebbe spingersi al punto in cui un ipotetico legislatore non potrebbe far altro che prenderne atto e tradurlo, di conseguenza, in parola di legge.

Queste concezioni dell'effettività come valore etico-politico¹¹, come già sottolineato, muovono da linee prospettive diametralmente opposte e, senza stare a soffermarsi su quale sia quella da considerarsi più corretta, esprimono entrambe una caratteristica comune. Ossia quella di affermare la necessità di un meccanismo che faccia coincidere l'astratta affermazione della legge con la realtà sostanziale che si può riscontrare in quel dato momento all'interno di un determinato ordinamento giuridico e sociale.

Questo meccanismo quindi, e ovviamente, non dovrebbe far altro che assicurare un elevato, se non utopisticamente totale, livello di effettività di un sistema normativo rispetto a quanto concretamente accade nella vita fra i consociati e nei loro rapporti con le istituzioni statali.

¹⁰ «*Homo hominis lupus*» secondo il proverbio pessimista derivato dall'*Asinaria*, PLAUTO, II sec. A.C.

¹¹ LIBERTINI, *Le nuove declinazioni*, op. cit..

La necessaria presenza di un qualsivoglia meccanismo è, purtroppo, dovuta alla considerazione oggettiva dei fatti della realtà sociale in cui ci troviamo, cui pocanzi avevamo fatto accenno.

Cioè della triste presa di coscienza e consapevolezza che l'uomo, nella sua estrinsecazione ed espressione sociale, ha la tendenza, mai sopita nonostante vari sforzi di diversa natura che si sono susseguiti nel tempo, di regolamentazione di un qualsivoglia sistema, giuridico e non, a tenere comportamenti che lo fanno confliggere con i suoi simili, tali da creare delle difformità da quanto dichiarato dal sistema normativo.

Ma, c'è dell'altro. Poiché la non coincidenza fra norma e ipotesi di vita vera può derivare anche da altre circostanze.

Smettendo quindi di considerare questa peculiarità negativa della natura umana, molte altre situazioni di fatto, molti accadimenti, portano al discostamento della realtà da quella astrattamente voluta dalle norme di diritto sostanziale indipendentemente e anzi prescindendo da un'attività umana.

Ci si riferisce ovviamente a quella casistica di fatti giuridici e più nello specifico di fatti giuridici "in senso stretto" o "naturali"¹², a cui, l'ordinamento giuridico attribuisce e ricollega conseguenze sul piano giuridico per la circostanza estrinseca che da quell'accadimento, da quell'evento, derivi necessariamente un effetto giuridico non trascurabile dall'ordinamento.

In tali ultimi casi purtroppo l'effettività di una norma e di conseguenza di parte dell'ordinamento può essere difficilmente ristabilita.

Si potrebbe sicuramente cercare di ripristinare la realtà materiale rimuovendo le conseguenze dell'evento stesso, ma risulta evidente come in taluni casi di notevoli se non smisurate proporzioni¹³, ciò non sia poi di così facile attuazione.

La soluzione in questi casi preferibile sarebbe, ad avviso di chi scrive, quella di riadattare le norme alle nuove esigenze che si sono così obbiettivamente ed esogenamente venute a creare, cercando di salvaguardare il più possibili i diversi interessi in gioco.

¹² TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXI ed., Milano, 2013, pag. 196.

¹³ Si pensi a tutte quelle calamità naturali, quali terremoti, tsunami o uragani, che per portata non solo non possono essere arginati dall'uomo ma che, una volta verificati, creano serie difficoltà in ordine alla ricostituzione precisa e puntuale della realtà che precedentemente era in essere.

Detto ciò risulta come in entrambi i casi appena citati, fatto giuridico in senso stretto e atto giuridico, vi sia una situazione patologica di non corrispondenza sostanziale della situazione di fatto con l'ordinamento.

Vi è però una differenza considerevole e dirimente fra le due ipotesi, in quanto la seconda è solitamente dipesa da una scelta, a differenza del mero evento, di un soggetto che quindi decide di tenere un comportamento tale da violare una *norma agendi* di diritto sostanziale.

Ogni ordinamento giuridico è infatti munito di norme tali da enucleare regole di condotta in grado di disciplinare in vario modo la vita e l'attività dei consociati al suo interno. Un tale disciplina è da ascrivere convenzionalmente alla categoria delle norme di diritto sostanziale o primarie. Ossia di quel settore giuridico che per raggiungere determinati fini o obiettivi ritenuti dall'ordinamento giuridico meritevoli di tutela va a regolare nel suo complesso i comportamenti dei consociati, singolarmente o fra loro.

Tale normativa attribuisce diritti, impone doveri, garantisce facoltà e possibilità, prescrive obblighi.

Quando quindi un soggetto pone in essere un comportamento che concretamente differisce da quanto affermato dal sistema normativo va a rompere la relazione trilaterale che si ha fra l'ordinamento, il soggetto titolare del dovere e quello del diritto¹⁴.

La rottura di una tale relazione esistente comporta il verificarsi di un illecito, ossia quel comportamento difforme dall'astratta previsione voluta dalla legge dell'ordinamento.

Al sorgere di una tale situazione c'è chi dichiarerebbe la necessità di un immediato intervento giurisdizionale ma, secondo l'autorevole dottrina di Francesco Paolo Luiso, sarebbe ipotizzabile anche un ulteriore passaggio intermedio.

Ossia che *«talvolta l'ordinamento prevede che, al compimento di un illecito, seguano determinate conseguenze sul piano del diritto sostanziale. Alla violazione di un dovere di comportamento subentra un diverso e ulteriore dovere di comportamento.»*¹⁵. Il maestro fa in questo caso il classico esempio del furto dove il dovere originario consisterebbe nel non sottrarre il possesso di un bene al suo legittimo proprietario mentre il dovere di comportamento ulteriore derivante dalla commissione dell'illecito altro non sarebbe che l'obbligo di restituzione del bene stesso.

¹⁴ LUISO, *Diritto processuale civile*, volume I, *Principi generali*, XIII ed., Milano 2015, pag. 5 e ss.

¹⁵ LUISO, *Diritto processuale civile*, op. cit., dove ipotizza la categoria dei «doveri consequenziali».

Qualora però l'obbligo di comportamento primario o derivato non venisse rispettato, nasce la necessità per il soggetto leso di adire l'autorità giudiziaria per ottenere giustizia e ripristinare il naturale ordine delle cose della realtà esistente così come volute dalla normativa primaria.

Viene così alla luce il rapporto esistente fra processo e diritto sostanziale, in quanto il secondo è punto di partenza ma anche di arrivo del primo, nel quale l'attività giurisdizionale si innesta per fungere da mezzo per la chiusura di questo metaforico cerchio.

Da ciò comprendiamo come il diritto processuale civile non sia altro che una normativa secondaria, servente all'effettiva realizzazione della primaria.

In questa accezione quindi il processo e la sua attività assumono un carattere strumentale¹⁶ rispetto al diritto sostanziale quale meccanismo che entra secondariamente per il fallimento dell'ordinamento in quanto il processo è visto, normalmente anche se non in maniera esclusiva, come derivato da una situazione di non conformità alla legge.

Tale carattere strumentale e servente non deve però indurre nell'errore di affermare una minor importanza della disciplina processuale rispetto a quella sostanziale e primaria, in quanto se essa non esistesse, cioè se non fossero attribuiti ai cittadini meccanismi tali da permettergli di riottenere quanto giuridicamente a loro spettante, i diritti altro non farebbero che ridursi a «*mera declamazione retorica, a grida manzoniana*»¹⁷

Tutte le osservazioni fatte sin ora ci potrebbero permettere di fare un passaggio ulteriore nel nostro ragionamento e provare ad ipotizzare un qualcosa di innovativo sul carattere e sulla natura della normativa processuale.

Come abbiamo infatti visto, il sistema processualistico, così come è stato delineato svolge il suo ruolo preponderante nella riaffermazione, a seguito del suo corretto svolgimento, della realtà sostanziale precedentemente alterata dal compimento di un illecito.

Il meccanismo compiuto sull'illecito civile non ha rilievo in sé, ma quanto piuttosto per riportare alla luce la situazione che ingiustamente non è più esistente a seguito della condotta e che invece dovrebbe ancora esserci.

¹⁶ PROTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processuale*, in *Diritti e giurisdizioni*, 1978, pag. 1 e ss.

¹⁷ ORIANI, *Il principio di effettività della tutela*, Napoli, 2008, pag. 14.

Sembrerebbe quindi questa la precedentemente ricordata corrispondenza fra i comportamenti concreti tenuti dai consociati e quanto voluto dall'ordinamento, fra situazione di fatto e il complesso di norme astratte che sono poste per essere rispettate.

Questa corrispondenza altro non sarebbe che una delle accezioni dell'effettività che erano state affermate, non molte pagine fa, all'inizio di questo nostro ragionamento. Ossia quella prima approssimazione di significato giuridico attribuibile a tale termine. Se così fosse, ritengo sarebbe possibile affermare che l'intera normativa secondaria, la disciplina processual civilistica, sia nel suo insieme che le varie norme prese singolarmente, abbia come fine intrinseco, tendenziale e ultimo l'effettività stessa.

Se infatti e come si è detto, lo scopo del processo è quello del ritorno alla realtà sostanziale, precisamente a quella realtà che è astrattamente affermata dalle norme primarie, e che il rapporto fra detta realtà, da perseguire, e gli usi sociali, concretamente tenuti dai soggetti appartenenti ad un sistema giuridico, altro non è che un'accezione generale d'effettività, allora di conseguenza è giocoforza desumere che una delle finalità intrinseche, innata e connaturata dell'attività giudiziale, se non proprio la principale, è autenticamente e propriamente l'effettività della tutela giurisdizionale.

2. Il fondamento costituzionale, internazionale e interpretazione del principio di effettività.

Come abbiamo avuto modo di constatare, il principio di effettività della tutela è di tale importanza nel nostro ordinamento che sembrerebbe possibile affermarsi che esso permei in lungo e in largo il nostro sistema giuridico in ogni sua esplicazione come norma concreta. La sua formalizzazione si è avuta da un'attività interpretativa dell'articolo 24¹⁸ e 113¹⁹ della nostra Costituzione.

Questa attività creativa svolta sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza italiana è dovuta dalla mancata, e forse ingiustificata, affermazione positiva del principio in questione. Nonostante la reiterata affermazione da parte del nostro legislatore ordinario dei principi del giusto processo e dei corollari e sotto principi ad esso ascrivibili, nulla viene detto riguardo all'effettività della tutela giurisdizionale²⁰.

Questa, grave, assenza viene solitamente giustificata dalla natura stessa di tale principio. Esso infatti, pur avendo un pregnante carattere generale e trasversale è anche e allo stesso tempo evanescente, fumoso, vago e indistinto.

Per queste sue caratteristiche è stato scritto che «*non è, né ha d'uopo d'essere formulato in alcun luogo*»²¹, sicché è da considerarsi presente nell'ordinamento sostanziale e processuale indipendentemente da qualsiasi affermazione espressa di diritto positivo.

¹⁸ Testo intero dell'art. 24 C.: «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.»

¹⁹ Il testo dell'art. 113 Cost. così prevede: «Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa»

²⁰ LA CHINA, *Giusto processo, laboriosa utopia*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, pag. 1125 e, ancora FAZZALARI, *Il giusto processo e i "processi speciali civili"*, in *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, Milano, 2004, Tomo I, pag. 361.

²¹ CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, ristampa Napoli, 1980, pag. 81 e, ancora *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, ristampa Napoli, 1960, pag. 39.

La sua difficilissima definizione però, per certi aspetti, non fa altro che alimentare quella corrente di pensiero che finisce per considerarlo come apodittico e inconfutabile tale che sia contemplato come lampante e immanente alla stessa funzione giurisdizionale.

Il risultato di questa attività esegetica ha portato alla delineazione di un suo fondamento minimo che lo vede esplicarsi come carattere intrinseco e procedimentale della tutela dei diritti.

Per chi scrive una tale dimensione del principio in questione, per quanto corretta e corrispondente alla realtà, è da considerarsi come, quanto meno, riduttiva.

Nonostante alcune delle sue possibili esplicazioni siano infatti state paventate²² nel tempo, il principio in questione dovrebbe avere un'espansione e una natura decisamente e di gran lunga superiori.

Da un'interpretazione sistematica dell'articolo 24 della Costituzione sembra infatti di potersi desumere una finalità concreta a cui si volge e tende l'intero ordinamento nel suo complesso, ossia, proprio quella di effettività della tutela.

Infatti, e puntualmente, dal primo comma è stato desunto il diritto d'azione secondo cui dal punto di vista soggettivo il termine "tutti" sta indicare che qualsiasi individuo, solo per tale qualifica e non avendo bisogno di null'altro, ha diritto e gli è garantita l'adibilità della tutela giurisdizionale, mentre dal punto di vista oggettivo enuncerebbe un divieto per il legislatore di creare situazioni non suscettibili di tutela²³.

Al secondo comma è enunciato il diritto di difesa²⁴ e la sua inviolabilità in ogni stato e grado del procedimento giurisdizionale.

Al terzo viene previsto il patrocinio obbligatorio gratuito per i meno abbienti, beneficio a cui si può ricorrere in presenza di determinati requisiti fissati per legge²⁵.

All'ultimo comma si ha invece una riserva di legge per la riparazione degli errori giudiziari così da prevedere lo stesso ordinamento, organicamente, la possibilità di riparare

²² Quali ad esempio il diritto d'accesso alla tutela giurisdizionale, alcune caratteristiche procedurali minime e l'essenzialità di un'effettività rimediale.

²³ LUISO, *Diritto processuale civile*, op. cit., pag. 24.

²⁴ Secondo il famoso brocardo latino «*cuique defensio tribuenda*»

²⁵ È questo un profilo davvero rilevante per garantire l'effettività dei due diritti precedentemente garantiti nonché dell'effettività stessa della tutela giurisdizionale, in quanto essa era stata in passato diminuita, avvilita e mortificata dallo squilibrio processuale che si veniva a creare nel caso in cui una delle parti del processo non avesse la disponibilità economica per essere legittimamente ed effettivamente difeso.

ai suoi errori in modo da rendere effettiva, almeno in una seconda fase, la tutela a chi ingiustamente non l'avesse ricevuta.

Conoscenza comune fra i giuristi è che la nozione di effettività della tutela discenda inoltre da un altro articolo della carta costituyente, ossia il 111²⁶, relativo al giusto processo.

Sul giusto processo torneremo in seguito, sembra però utile dire sin da ora che riguardo all'effettività della tutela non se ne è occupato esclusivamente il legislatore italiano.

A livello europeo e internazionale nell'ultimo periodo tale principio ha assunto sempre più importanza e valore, tale da essere affermato in numerose norme. Fra queste, per citarne alcune, possono esserci senz'altro l'art. 6²⁷ della Convenzione europea per la salvaguardia

²⁶Per la parte che interessa in questa sede, si riporta il testo art. 111 C. : «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

...

Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati-

Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.

...»

²⁷ Testo integrale art. 6 CEDU: «1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3. In particolare, ogni accusato ha diritto di: (a) essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; (b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; (d) esaminare o far esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse

dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, anch'esso relativo al giusto processo, l'articolo 10²⁸ della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e infine l'articolo 14²⁹ del

condizioni dei testimoni a carico; (e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza. »

²⁸ Testo integrale art. 10: «Ogni individuo ha diritto, in posizione di piena uguaglianza, ad una equa e pubblica udienza davanti ad un tribunale indipendente e imparziale, al fine della determinazione dei suoi diritti e dei suoi doveri, nonché della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta.»

²⁹ Testo integrale art. 14: «1. Tutti sono eguali dinanzi ai tribunali e alle corti di giustizia. Ogni individuo ha diritto ad un'equa e pubblica udienza dinanzi a un tribunale competente, indipendente e imparziale, stabilito dalla legge, allorché si tratta di determinare la fondatezza di un'accusa penale che gli venga rivolta, ovvero di accertare i suoi diritti ed obblighi mediante un giudizio civile. Il processo può svolgersi totalmente o parzialmente a porte chiuse, sia per motivi di moralità, di ordine pubblico o di sicurezza nazionale in una società democratica, sia quando lo esiga l'interesse della vita privata delle parti in causa, sia, nella misura ritenuta strettamente necessaria dal tribunale, quando per circostanze particolari la pubblicità nuocerebbe agli interessi della giustizia; tuttavia, qualsiasi sentenza pronunciata in un giudizio penale o civile dovrà essere resa pubblica, salvo che l'interesse di minori esiga il contrario, ovvero che il processo verta su controversie matrimoniali o sulla tutela dei figli.

2. Ogni individuo accusato di un reato ha il diritto di essere presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente

3. Ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, come minimo, alle seguenti garanzie: a) ad essere informato sollecitamente e in modo circostanziato, in una lingua a lui comprensibile, della natura e dei motivi dell'accusa a lui rivolta; b) a disporre del tempo e dei mezzi necessari alla preparazione della difesa ed a comunicare con un difensore di sua scelta; c) ad essere giudicato senza ingiustificato ritardo; d) ad essere presente al processo ed a difendersi personalmente o mediante un difensore di sua scelta; nel caso sia sprovvisto di un difensore, ad essere informato del suo diritto ad averne e, ogni qualvolta l'interesse della giustizia lo esiga, a vedersi assegnato un difensore d'ufficio, a titolo gratuito se egli non dispone di mezzi sufficienti per compensarlo; e) a interrogare o far interrogare i testimoni a carico e ad ottenere la citazione e l'interrogatorio dei testimoni a scarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; f) a farsi assistere gratuitamente da un interprete, nel caso egli non comprenda o non parli la lingua usata in udienza; g) a non essere costretto a deporre contro se stesso od a confessarsi colpevole.

4. La procedura applicabile ai minorenni dovrà tener conto della loro età e dell'interesse a promuovere la loro riabilitazione.

5. Ogni individuo condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della sua colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale di seconda istanza in conformità della legge.

6. Quando un individuo è stato condannato con sentenza definitiva e successivamente tale condanna viene annullata, ovvero viene accordata la grazia, in quanto un fatto nuovo o scoperto dopo la condanna dimostra che era stato commesso un errore giudiziario, l'individuo che ha scontato una pena in virtù di detta

patto internazionale dei diritti civili e politici, per arrivare infine agli ultimi e più recenti riferimenti normativi nel quadro dell'ordinamento dell'Unione Europea, ossia gli articoli 19 TUE³⁰ e 263 TFUE³¹.

condanna deve essere indennizzato, in conformità della legge, a meno che non venga provato che la mancata scoperta in tempo utile del fatto ignoto è a lui imputabile in tutto o in parte.

7. Nessuno può essere sottoposto a nuovo giudizio o a nuova pena, per un reato per il quale sia stato già assolto o condannato con sentenza definitiva in conformità al diritto e alla procedura penale di ciascun paese.»

³⁰ Testo integrale art. 19 TUE: 1. La Corte di giustizia dell'Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati.

Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione.»

2. La Corte di giustizia è composta da un giudice per Stato membro. È assistita da avvocati generali.

Il Tribunale è composto da almeno un giudice per Stato membro.

I giudici e gli avvocati generali della Corte di giustizia e i giudici del Tribunale sono scelti tra personalità che offrano tutte le garanzie di indipendenza e che soddisfino le condizioni richieste agli articoli 253 e 254 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Sono nominati di comune accordo dai governi degli Stati membri per sei anni. I giudici e gli avvocati generali uscenti possono essere nuovamente nominati.

3. La Corte di giustizia dell'Unione europea si pronuncia conformemente ai trattati:

a) sui ricorsi presentati da uno Stato membro, da un'istituzione o da una persona fisica o giuridica;

b) in via pregiudiziale, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione o sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni;

c) negli altri casi previsti dai trattati.

³¹ Testo integrale art. 263 TFUE: «La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi.

A tal fine, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione.

La Corte è competente, alle stesse condizioni, a pronunciarsi sui ricorsi che la Corte dei conti, la Banca centrale europea ed il Comitato delle regioni propongono per salvaguardare le proprie prerogative.

Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione.

In questa sede ha senso di accennare che questi ultimi due in particolare hanno forse il difetto, di matrice anglosassone, di essere eccessivamente orientati ai *remedies*, invece che ai *rights*³², ma sul tema torneremo in seguito.

La Corte di Giustizia, come ha tra l'altro ricordato in numerose sentenze, ha portato avanti una linea di condotta e di pensiero davvero interessante e lungimirante su tali articoli.

Sarebbe infatti lecito aspettarsi che la loro stesura ed enunciazione non serva ad altro che all'affermazione concreta di un tale principio, ottenendone un riconoscimento positivo in grado di cristallizzarlo. Come detto, sarebbe lecito aspettarsi un tale iter logico ma, così facendo, si sarebbe indotti in errore.

La Corte infatti ha deciso di seguire una linea prospettica partente da opposta direzione. Gli articoli in questione sono stati considerati semplice formalizzazione di un principio che, essendo comune alle tradizioni costituzionali degli stati membri, semplicemente non poteva non essere presente.

In un tale quadro normativo, che ha visto la nascita delle prime norme relative al principio di effettività della tutela più di cinquant'anni fa, si comprende la rilevanza del principio e della consapevolezza generalizzata della necessità della sua realizzazione, tanto da portare qualcuno ad affermare addirittura che "l'effettività" «è forse la parola d'ordine predominante nell'approccio comunitario al processo civile»³³.

Per comprendere la dimensione e la portata di una tale affermazione è sufficiente andare ad indagare e studiare il sistema procedimentale di tutela giurisdizionale previsto dall'ordinamento europeo e internazionale.

Gli atti che istituiscono gli organi e organismi dell'Unione possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti.

I ricorsi previsti dal presente articolo devono essere proposti nel termine di due mesi a decorrere, secondo i casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza.»

³² TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, parte prima, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2007, pag. 36.

³³ BIAVATI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003, pag. 121.

Prescindendo dalla fondamentale differenza che li contraddistingue³⁴, risulta evidente l'enorme agglomerato di corti, istituzioni, procedimenti, norme e principi che da essi derivano.

Certamente non si è ancora arrivati ad un sistema giurisdizionale internazionale capace di far cadere totalmente l'ombra sulla giustizia interna dei singoli stati membri sopravvalicandola del tutto³⁵, ma certo è che dei passi, seppur piccoli, in tale direzione sono stati fatti. Tali da lasciar ben sperare i più sognatori e ancora non disincantati fra gli internazionalisti.

Nella trattazione del tema operata sinora si è parlato, volutamente, di effettività della tutela in termini abbastanza generali e astratti.

Questo è stato fatto per far sì di non scendere ad un livello di ragionamento eccessivamente basico, per non ancorarsi troppo ad una casistica precisa e concreta che, per quanto avrebbe potuto essere più specifica e puntuale, avrebbe allontanato troppo la riflessione da quel canone di generalità e astrattezza che invece ritengo sia necessario per il corretto ragionare su un argomento.

Dopo però aver fatto numerosi giri intorno al tema e aver toccato argomenti di varia natura la trattazione deve necessariamente entrare maggiormente nel vivo per arrivare a comprendere quale sia il fine pratico del principio di effettività.

Si deve quindi arrivare a poter rispondere ad una semplice ma fondamentale domanda: effettività della tutela di cosa?

A tutto il nostro ragionamento è mancato infatti sinora un oggetto, quel *quid* che con il rivolgersi all'autorità giurisdizionale si vuole ottenere. Il ricordato punto di, necessaria, partenza e arrivo, dove il processo si innesta, abbiamo detto, in maniera strumentale e servente.

Per giungere all'individuazione di questo nostro oggetto utilizzerò, preliminarmente, le parole e i pensieri di una fonte più autorevole del sottoscritto, di qualcuno che più e meglio di me ha saputo affrontare tale argomento.

³⁴ Il sistema di giustizia europeo oramai si applica quasi indipendentemente dalla volontà dei singoli stasi membri, mentre a livello internazionale per la risoluzione delle controversie vige ancora il principio consensualistico.

³⁵ BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, 1979, pag. 150.

Mi riferisco ovviamente a Chiovenda³⁶, la cui impostazione è ormai considerata dalla dottrina a lui posteriore come la visione, l'interpretazione "classica" del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

È infatti del celebre autore il passo che avrebbe poi guidato generazioni intere nell'approccio con la disciplina processual civilistica.

«La volontà della legge tende ad attuarsi nel campo dei fatti fino alle estreme conseguenze praticamente e giuridicamente possibili.

Conseguentemente il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»³⁷.

La prima espressione sembra senza dubbio richiamare quella coincidenza fra la realtà fattuale e quella ipoteticamente e astrattamente voluta da un legislatore con la costituzione di un sistema normativo.

La sua "attuazione" come punto di arrivo all'esito del procedimento giudiziale.

Ma, come si potrebbe notare, forse c'è addirittura un qualcosa in più.

La seconda parte della locuzione in questione, *«fino alle estreme conseguenze praticamente e giuridicamente possibili»*, è sicuramente un'espressione abbastanza d'impatto.

È da considerarsi per certi aspetti quasi dura, inflessibile, con una forza dirompente che lascia poco spazio, a mio avviso, ad altre interpretazioni.

Sembra infatti che Chiovenda senta davvero fortemente, quasi come un bisogno irrefrenabile, la necessarietà dell'attuazione concreta della legge e quindi della sua effettività, tanto da farla spingere fino ai massimi confini della legge stessa, dell'ordinamento giuridico e forse anche oltre.

Le «*estreme conseguenze*» di cui lui parla, nonostante non siano le prime e più congrue ipotesi a cui ciascuno potrebbe pensare, gli sembrano infatti infinitamente più dolci e sicure

³⁶ CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, op. cit., pag. 81 e, ancora *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, op. cit., pag. 40; *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)* I, ristampa Milano, 1992, pag. 110.

³⁷ CHIOVENDA, *Istituzioni*, op. cit. pag. 39 e ss.

di una situazione che, di fatto, venga lasciata senza soluzioni, senza correzioni, senza una tutela efficacemente ed effettivamente soddisfattiva e, di conseguenza, senza legge³⁸.

Sembra quindi che per il Chiovenda, e chi scrive è dello stesso avviso, per quanto difficoltose e forse anche infelici possano essere a volte, nella speranza che siano decisamente poche, le conseguenze del diritto, esse siano di gran lunga preferibili rispetto ad una loro totale assenza.

Seppur si è vista, o quanto meno si è provata a ipotizzare, la natura prorompente e travolgente della prima frase è più sulla seconda che i processualisti negli ultimi ottant'anni, da quando è stata scritta, si sono soffermati.

Il motto chiovendiano che «*il processo deve dare ... tutto quello e proprio quello*» che un soggetto ha diritto di ottenere fa un'affermazione da cui si diramano vari risvolti. In primo luogo risulta riaffermata la corrispondenza fra diritto sostanziale e situazione di fatto esistente, in quanto «*il processo tenderà a dare quelle utilità che erano state assicurate sul piano sostanziale*»³⁹

In secondo luogo, vi è il riconoscimento di quel carattere strumentale e servente che avevamo individuato precedentemente in questa trattazione, rispetto all'ottenimento di una tutela per ciascun individuo leso.

In terzo luogo, sembra chiaro come questa tutela debba risultare, di nuovo, ancora ed evidentemente, come necessariamente effettiva per garantire completa e piena soddisfazione a tutti quei soggetti che abbiano adito l'autorità giudiziaria.

Infine, che, attraverso il mezzo processuale, il soggetto che abbia ragione debba poter ottenere un provvedimento che sia realmente in grado di attribuirgli il "bene della vita" che concretamente gli spetta.

Ciò si può riscontrare anche nella prospettiva inversa, ciò dal punto di vista di colui che, avendo erroneamente agito o in senso lato tenuto comportamenti contrari all'ordinamento giuridico, si ritroverà a dover dare esattamente e proprio quanto dovuto.

³⁸ «Ogni modo di attuazione della legge che sia praticamente possibile e non sia contrario ad una norma generale o speciale di diritto deve ritenersi ammissibile» G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, op. cit., pag. 41.

³⁹ ORIANI, *Il Principio*, op. cit., pag. 62

E ciò è vero sia per la prima e violata affermazione della legge, sia per la sua successiva riaffermazione con una sentenza all'esito di un giudizio di merito⁴⁰.

In quest'ottica si può quindi affermare che l'idea di Chiovenda sia che qualsiasi sia il modello o la modalità di attuazione della legge esso sia da considerarsi come sempre valido ed utilizzabile per l'ordinamento con i soli limiti della liceità, possibilità e che sia esso strumento capace ed utile per la produzione del relativo effetto per il quale è stato preposto.

Come già detto, l'idea chiovendiana ha notevolmente influenzato gli autori a lui successivi.

Infatti, Andrioli⁴¹ ad esempio scriveva che «*il processo deve offrire a coloro che bussano alla porta di Temi quelle utilità che l'apparato del diritto sostanziale può, nella spontanea cooperazione dei consociati, assicurare*».

Questo perché in realtà l'affermazione di Chiovenda non si è limitata ad un principio che enucleasse la necessità e necessarietà di un processo giurisdizionale che fosse realmente in grado di tutelare efficacemente coloro che ad esso si rivolgevano.

L'idea che il celebre autore ha di fatto rappresentato e diffuso è stata quella di elevare tale principio al punto da farlo diventare un qualcosa di diverso, di differente, di nuovo e, direi, anche di migliore. Un principio che potesse far cambiare il modo di percepire e concepire il processo *in pimis* ma anche lo stesso diritto in generale. Dargli cioè una nuova accezione in grado di far esplicitare i propri effetti anche all'esterno del mondo giuridico, per farlo infine giungere e arrivare ad un piano concreto così da poter assicurare la «*salutare coerenza del vivere sociale*»⁴².

Da questa concezione innovativa e coraggiosa del principio di effettività della tutela giurisdizionale sono derivati numerosi cambiamenti dell'ottica di pensiero in diversi autori che hanno assunto una tale declinazione del principio in parola a, quasi, uno dei capostipiti fondanti dell'intero sistema giuridico.

⁴⁰ «Si può essere condannati a tutto ciò che si è tenuti a prestare» così G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, op. cit., pag. 167 e, ancora PROTO PISANI *Appunti sulla tutela di condanna*, Milano, 1979, pag. 76 e ss.

⁴¹ Nella prefazione della ristampa del 1965 dell'opera di CHIOVENDA *Principi di diritto processuale civile*.

⁴² GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari – Roma, 2017, pag. 129.

L'interpretazione metaforica migliore è senza dubbio da attribuire ad Andrioli, il quale era arrivato ad affermare, notevolmente in anticipo rispetto al suo tempo, che l'effettività fosse «*la vivida stella che irradia la sua luce sull'intero sistema*»⁴³.

Lo stesso autore, che era stato a suo tempo allievo di Chiovenda e che è da molti considerato come suo erede spirituale – continuando con le metafore a lui decisamente care – affermò che quindi da questa prospettiva l'articolo 24 della Costituzione può essere visto ed inteso «*come una sorta di norma in bianco la quale aderisce a tutte le norme sostanziali che attribuiscono diritti o interessi legittimi: queste norme, anche se nulla dispongono sulla tutela giurisdizionale, funzionano, per così dire, come fattispecie rispetto al comma 1° dell'art. 24, che mettono automaticamente in moto*»⁴⁴.

Picardi scriveva⁴⁵ che dalla teorizzazione del principio da parte di Chiovenda che l'effettività è riuscita ad entrare concretamente nel panorama del nostro ordinamento giuridico, arrivando a influenzare e a permeare i ragionamenti fatti sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza.

Andolina affermava che il brocardo chiovendiano «*assurge via via a “stella” polare per orientare la rotta del processo, parametro su cui misurare il tasso di effettività giurisdizionale del processo*»⁴⁶.

Le impostazioni che questi ultimi autori hanno dato al principio di effettività ci fanno capire la portata e il senso che le affermazioni di Chiovenda hanno avuto sui posteri.

Il principio in questione infatti ha visto, pian piano e *auctoritate rationis*, accresciuta sempre di più la propria importanza con un suo ampliamento portato avanti, come abbiamo detto, sia nelle corti e nelle aule dei tribunali, sia nei salotti di diritto e nei libri di testo che generazioni intere hanno letto e studiato.

In questa sua progressiva ed inesorabile evoluzione il principio in questione ha quindi cominciato con l'influenzare le menti delle persone e, di lì a poco, una tale influenza si è

⁴³ ANDRIOLI, *Progresso del diritto e stasi del processo*, scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei, V, Padova, 1958, pag. 411, ora anche in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2007, pag. 61.

⁴⁴ ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2007, pag. 7

⁴⁵ PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2006, pag. 16.

⁴⁶ ANDOLINA, *Processo ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Studi in memoria di A. Bonsignori*, Milano, 2004, I vol., pag. 25 e 26.

tradotta a cascata sulle varie norme del nostro ordinamento, sia di diritto sostanziale che processuale, per arrivare infine ad appartenere al sistema giuridico nel suo insieme.

La forza insita in questo principio ha infatti cambiato il modo di lettura e di interpretazione della legge che ha visto una sua trasformazione in quanto alle norme ormai veniva data proprio quell'interpretazione che l'avrebbe resa praticamente e concretamente effettiva.

Quella sola interpretazione che avrebbe potuto garantire la soddisfazione di quanto attribuito dalla normativa sostanziale, ossia quel diritto, quell'interesse, quella situazione, quel "bene della vita".

Utilizzando un'espressione tautologica, il principio in questione era dunque utilizzato per far sì che tutte le norme, così come l'ordinamento in generale nella sua sistematicità, fossero effettivamente effettive.

In questo modo quindi l'effettività ha spiegato, e continua a spiegare tutt'ora, un ruolo centrale nel panorama del nostro ordinamento. Con una tale accezione si è iniziato ad utilizzarlo come canone interpretativo prediletto e ultimo non solo del sistema giurisdizionale ma di tutto il diritto in generale.

Così facendo si è potuti giungere ad una coerenza di sistema che altrimenti non sarebbe potuta essere neanche lontanamente ipotizzabile.

In maniera conforme e coerente con una simile impostazione del principio di effettività, si sono inoltre avute nel tempo varie sentenze interne in cui, in diversi ambiti del diritto, varie corti nazionali hanno utilizzato il riferimento all'articolo 24 della Costituzione e il principio in questione per articolare e interpretare il diritto, ponendo quindi l'effettività come base e parametro dei loro *iter* logico-argomentativi.

In un primo caso è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 669-*terdecies* del Codice di procedura civile poiché si ritrovava ad essere in contrasto con gli articoli 3 e 24 della Costituzione in quanto non ammetteva il reclamo anche dell'ordinanza con la quale veniva rigettata la domanda di un provvedimento cautelare⁴⁷.

Successivamente, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, quarto comma, del d.lgs. 9 aprile 1946, n. 212 che prevedeva modificazioni alle disposizioni sull'assicurazione di malattia per i lavoratori agricoli per violazione degli articoli 38 secondo

⁴⁷ Corte Cost., 23 giugno 1994, n. 253.

comma e 24, in quanto era stato previsto che l'ammissione alle prestazioni economiche di malattia decorresse dalla data di rilascio del certificato d'urgenza e non dalla sua domanda⁴⁸.

In un caso sottoposto al sindacato della Corte di Cassazione è stato statuito che, in materia di prestazioni assistenziali, i benefici spettanti agli invalidi civili dovevano essere decorrenti, qualora tutti i requisiti sanitari si fossero concretizzati nel corso del procedimento giurisdizionale, dalla data d'insorgenza dello stato invalidante e non dal primo giorno del mese successivo all'accertamento giurisdizionale in quanto, altrimenti, sarebbe stato in contrasto con l'articolo 24 della Costituzione che prevede che la durata del processo non può pregiudicare i diritti della parte che ha ragione⁴⁹.

Un ulteriore ipotesi di illegittimità costituzionale si ebbe nella famosa esperienza di espropriazione per pubblico interesse. È stato infatti dichiarata l'incostituzionalità del quarto comma dell'articolo 20 della legge n.865 del 22 ottobre del 1971 in quanto, benché l'articolo 24 della Costituzione non imponesse una correlazione assoluta fra il sorgere del diritto e la sua azionabilità ciò non avrebbe potuto comportare di rendere la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa o di non differirla irrazionalmente come invece era successo nel caso di specie⁵⁰.

In un ultimo caso, in ambito giuslavoristico, la corte di Cassazione scrisse che l'impostazione data da una parte della dottrina presente in Italia in quegli anni non poteva essere condivisa poiché affermava che la tutela per equivalente fosse la regola generale mentre il risarcimento in forma specifica solo l'eccezione⁵¹.

Questa visione era infatti contrastante con il codice del 1942 dove si prevede espressamente il diritto del creditore "all'esatto adempimento della prestazione dovuta" e che solo qualora questo tipo di tutela non risultasse per una qualsiasi ragione possibile che si procedesse in via subordinata ed eventuale al risarcimento del danno.

Il comportamento tenuto dalle corti in questione rispetto al principio di effettività della tutela giurisdizionale è ascrivibile all'applicazione di un altro principio di importanza rilevante del nostro ordinamento, vale a dire quello dell'interpretazione conforme o costituzionalmente orientata.

⁴⁸ Corte Cost., 10 novembre 1995, n. 483.

⁴⁹ Corte Cass., I Sez., 5 luglio 2004, n. 12270.

⁵⁰ Corte Cost., 22 ottobre 1990, n. 470.

⁵¹ Corte Cass., 10 gennaio 2006, n. 141.

Un tale atteggiamento, com'è noto, comporta che le singole disposizioni normative dei vari codici devono essere interpretate in modo da garantire la realizzazione del principio dell'effettività, in qualsiasi modo e con tutto ciò che da esso deriva.

Nella trattazione del ruolo delle corti nell'affermazione di tale principio non si può però prescindere e non tener conto dalle sentenze che vengono emanate dalle numerose corti sovranazionali.

L'adesione dell'Italia al sistema comunitario prima, e a quello dell'Unione Europea dopo, implica infatti la sua partecipazione ad un sistema giuridico composito definito anche come ordinamento giuridico multilivello, ossia di un sistema «in cui coesistono una pluralità di autorità titolari di potere normativo⁵².

La compresenza di tutte queste autorità con funzione normativa conduce all'inevitabile necessità di un'interpretazione comune che non generi contrasti fra le norme di fonti e livello differente.

Per questa ragione l'interpretazione dell'intero sistema deve essere eseguita basandosi sul criterio ermeneutico “dell'interpretazione conforme alle fonti superiori” la quale è inoltre facilitata dalla presenza di principi generali comuni ai differenti livelli di un tale ordinamento complesso.

Tali principi posso pervenire da varie fonti, come il diritto internazionale, quello dell'Unione Europea, il diritto costituzionale se comune ma anche fonti di *soft law*⁵³ come i principi Unidroit⁵⁴ e altri.

L'appartenenza ad un tale sistema esige – come abbiamo detto - che le norme, sia sostanziali che processuali, dei vari codici nazionali (così come le altre disposizioni di legge) debbano essere interpretate in maniera conforme ai principi degli ordinamenti di livello superiore.

Qualora, in una situazione patologica, ciò non fosse possibile, le norme in questione, ove le relative questioni fossero ritenute rilevanti e non manifestamente infondate⁵⁵,

⁵² ROMANO, *Diritto amministrativo*, fascicolo 02-03, 2015, pag. 433

⁵³ Sistema normativo non vincolante e obbligatorio. Si riscontra però un suo sviluppo nel tempo e una sua imposizione *auctoritate rationis* e non *ratione auctoritatis*.

⁵⁴ Principi a cui è attribuita una funzione armonizzatrice del diritto privato degli stati e, in particolare, quello commerciale dei contratti.

⁵⁵ Corte Cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349.

dovrebbero essere sottoposte a scrutinio interno di costituzionalità e che, nel caso in cui non si potesse giungere in nessun modo ad un'interpretazione coerente e ammissibile ai i principi degli ordinamenti superiori, dette disposizioni dovrebbero, in *extrema ratio*, essere disapplicate.

Occupandoci in maniera più approfondita del lavoro svolto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, possiamo affermare che essa ha avuto un ruolo centrale e chiave nella promozione e diffusione del principio in parola.

Essa infatti nella sua funzione nomofilattica, ricoprendo il ruolo di garante della corretta e uniforme applicazione e interpretazione delle fonti di diritto europeo, è stata una delle più grandi fautrici prima della creazione e successivamente della promozione e diffusione di alcuni principi fondamentali per l'ordinamento comunitario e a cascata per quelli dei singoli Stati membri⁵⁶.

È stato proprio grazie a questa prospettiva della Suprema Corte, facilmente considerabile come *de jure condito*, che si è giunti all'elevazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale come canone ermeneutico e interpretativo di tutte le norme a garanzia dei cittadini dell'unione.

La delineazione del principio fatta dall'Unione era però inizialmente lacunosa. Essa riguardava infatti solo alcune caratteristiche procedurali minime di cui, inoltre, ne rimetteva la concreta e pratica realizzazione ai legislatori nazionali dei singoli Stati membri. I quali avrebbero quindi dovuto individuare, qualora esistenti, e predisporre, qualora invece non vi fossero stati, i giudici competenti.

In un simile quadro risulta evidente come si ebbe una proliferazione di regole differenti fra Stato e Stato, con la predisposizione dei più variegati procedimenti e meccanismi attuativi, data la vasta eterogeneità dei modelli giurisdizionali presenti all'interno del panorama comunitario.

Una tale situazione convinse quindi successivamente la Corte della necessità di una migliore delineazione del principio a livello contenutistico, con lo scopo di una

⁵⁶ BIAVATI – CARPI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 1994 e, ancora BIAVATI, *Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo il trattato di Amsterdam*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, pag. 805.

armonizzazione e uniformazione della tutela giurisdizionale attraverso all'affermazione di regole di garanzia comuni⁵⁷.

I risvolti pratici del principio di effettività della tutela giurisdizionale sono molteplici. Il principio in questione è stato infatti tradotto come il diritto pieno di accesso alle Corti, siano esse nazionali o sovranazionali; nella semplificazione procedimentale e dei suoi atti; nel patrocinio gratuito per la difesa tecnica dei non abbienti; nell'armonizzazione delle norme procedurali fra i vari Stati membri; nel riconoscimento delle sentenze non nazionali emesse dalle Corti di altri Stati dell'Unione; nella necessità della concreta attuazione delle sentenze; nella predisposizione di meccanismi alternativi alla giurisdizione, sia preventivi che successivi.

A tal riguardo molto importante è stato anche il ruolo giocato dalla Corte dei Diritti dell'Uomo che in vario modo, a partire dagli anni Settanta, aveva iniziato ad affermare la necessità di una disciplina standard e comune ai vari ordinamenti giuridici nazionali tale da essere considerata, in una prospettiva armonica, un modello unico e uniforme di garanzia dell'equo processo⁵⁸.

Il valore attribuito dalla Suprema Corte al principio oggetto di trattazione riguarda quindi essenzialmente una visione giustiziale e rimediale, ossia di quel carattere minimo, seppur inderogabile, di tutela giurisdizionale.

La Corte aveva fatto quindi un passaggio da un'effettività riguardante l'adibilità squisitamente processuale della tutela ad un'altra che invece racchiudeva al suo interno alcuni parametri procedurali e la concreta attuazione della statuizione giudiziale⁵⁹ e infatti, in quest'ottica, il Costituente europeo aveva infatti predisposto l'articolo II – 107⁶⁰.

⁵⁷ ANDOLINA, *La cooperazione internazionale nel processo civile*, relazione al X Congresso mondiale di diritto processuale della International Association of Procedural Law, Taormina, 1995.

⁵⁸ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 22 settembre 1984, Sutter; 24 novembre 1986, Gillow; 25 luglio 1987, Capuano.

⁵⁹ PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà? Diritti fondamentali, effettività delle garanzie giurisdizionali e tecniche di tutela inibitoria*, Milano, 2005, pag. 126 – 127.

⁶⁰ Testo integrale articolo II – 107 : «Ogni individuo, i cui diritti e le cui libertà garantiti dall'Unione sono stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo innanzi ad un giudice. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente ed imparziale, preconstituito per legge. Ogni individuo ha facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A

Come però è stato già più volte affermato e ribadito nel corso di questa trattazione, per chi scrive il principio in oggetto ha un valore e una dimensione marcatamente più ampi e trasversali di quanto affermato dalle corti europee.

Il risvolto dell'attività svolta dall'Unione Europea per l'attribuzione del carattere e del valore interpretativo attribuito al principio di effettività e come fonte d'orientamento si può riscontrare anche dall'accezione che gli viene dato nel diritto amministrativo.

Il già citato articolo 113 della nostra Carta costituzionale e l'articolo 1 del codice del processo amministrativo⁶¹ sono infatti chiari esempi di come ormai il principio in questione sia uno dei più importanti e fondamentali del panorama comunitario e nazionale.

L'enunciazione del principio nella Costituzione e nel primo articolo del nuovo cod. proc. amm. con la nomenclatura "effettività" ha un forte valore simbolico ed indicativo di quanto esso sia permeato nel nostro ordinamento e del ruolo che occupa.

Il codice processuale amministrativo è infatti frutto delle armonizzanti spinte comunitarie anche nell'area giuridica dello Stato, dove fra l'affermazione del ruolo chiave del principio e l'emanazione di diverse discipline specifiche di settore l'effettività della tutela è obiettivo espresso e tangibile⁶².

Va a questo punto segnalata un'altra tendenza che, come quella operata dall'ordinamento comunitario, sta avendo un ruolo consistente nella spinta verso l'espansione e l'elevazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Si tratta di quella corrente di pensiero che negli ultimi cinquant'anni sta ribaltando i valori del processo, facendo giustamente emergere e mettendo al centro dell'intero sistema i diritti individuali e personali, i quali hanno visto una loro riaffermazione dall'epoca delle costituzioni.

La riaffermazione dell'individuo e delle sue attribuzioni è infatti prassi costante dei nostri tempi, dove il suo ruolo e funzione sociale, sono stati lentamente e progressivamente, erosi sempre in misura maggiore.

coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia».

⁶¹ Testo integrale articolo 1 c.p.a.: «La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo».

⁶² Si vedano a tal riguardo a titolo esemplificativo le sentenze della di giustizia dell'Unione Europea quali: CGUE, V Sez., 8 maggio 2014, n. 161, in tema d'appalto; CGUE, I Sez., 27 giugno 2018, n. 246, in tema di rilascio della carta di soggiorno.

Non occupandoci delle preoccupanti derive morali che una tale tendenza sta comportando, risulta evidente che una situazione del genere è in realtà assai favorevole per il diritto, in quanto viene sempre più avvertito il bisogno dell'affermazione di quei diritti soggettivi più naturali e intimi dell'essere umano.

La riaffermazione della persona nella sua massima dimensione sta infatti portando a rivalutare considerevolmente il rapporto che i diritti a cui essa appartengono hanno con l'effettività e questo, come abbiamo detto, «*per effetto della progressiva penetrazione nei rapporti intersoggettivi privati della tutela costituzionale dei diritti della persona*»⁶³.

È in quest'ottica e con lo spirito di affermazione, o riaffermazione se si preferisce, dei diritti personali e del loro smisurato ampliamento che alla fine degli anni '80 venne organizzato, da Salvatore Mazzamuto, un Convegno giuridico nella città siciliana di Palermo dal titolo «*Processo e tecniche di attuazione dei diritti*»⁶⁴.

Il Convegno aveva come punto focale dell'intera riflessione proprio quel principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Non si può infatti negare che un tale evento abbia contribuito con la diffusione e con la presa di coscienza popolare della rilevanza del principio in parola.

La forza promotrice e promozionale del Convegno in questione può essere infatti ben spiegata con le parole del suo promotore, il quale considerava e qualificava l'effettività della tutela come «*punto archimedeo*»⁶⁵ dell'intero sistema giuridico.

Uno dei temi di maggior importanza affrontati in tale sede fu quello della manifesta mancanza di corrispondenza esistente fra le tutele sostanziali e processuali che erano all'epoca presenti nel nostro ordinamento e i diritti in esso riconosciuti.

Ciò accadeva per due distinti ordini di motivi.

Il primo riguardava la crescente proliferazione di norme che attribuissero nuovi diritti giuridicamente rilevanti, ai quali, essendo appunto di fresca creazione e genesi, spesso mal si adattavano le tecniche rimediali vigenti al momento della loro nascita.

⁶³ MENGONI, Intervento in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di MAZZAMUTO, Napoli, 1989, I, pag. 153.

⁶⁴ Il titolo del convegno in questione è identico ad una precedente opera curata dall'autore, *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, op. cit., MAZZAMUTO.

⁶⁵ MAZZAMUTO, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in *Processo e tecniche* op. cit., pag. 454.

A tale processo di espansione ha inoltre e senz'altro contribuito il superamento dell'egemonia e dell'unicità dei diritti soggettivi come uniche situazioni giuridiche azionabili e degne di tutela.

Infatti, di lì a poco si sarebbe avuta quella storica sentenza della Cassazione⁶⁶ sulla risarcibilità degli interessi legittimi.

La loro nozione⁶⁷ infatti, seppur era stata elaborata e conosciuta da dottrina e giurisprudenza fin dal lontano 1889 e che la loro tutelabilità fu riconosciuta con la Costituzione del 1948, portò ad un incisivo ampliamento⁶⁸ delle situazioni concretamente tutelabili.

Il secondo motivo riguarda sempre la proliferazione delle situazioni azionabili ma stavolta da una prospettiva esterna all'ordinamento nazionale e non più interna.

Si tratta del riconoscimento dell'efficacia orizzontale delle norme costituzionali creato dall'ordinamento comunitario.

Com'è noto, l'effetto diretto consiste nella capacità della norma di creare diritti e obblighi in capo ai singoli, siano essi persone fisiche o giuridiche, indipendentemente dalla necessità di una condotta di ricezione interna da parte dello stato.

Tale effetto si traduce in un rafforzamento indiretto dell'efficacia del diritto dell'Unione europea, in quanto garantisce in termini pratici la facoltà per un singolo individuo di adire e far valere direttamente davanti al giudice nazionale la situazione giuridica che gli è attribuita e garantita dalla normativa comunitaria.

Gli unici presupposti necessari e sufficienti per il funzionamento dell'effetto diretto è che la norma in questione sia chiara, precisa e incondizionata.

L'espansione delle situazioni in concreto azionabili processualmente è inoltre confermata dalla stessa presentazione dei volumi realizzati a seguito del Convegno di Palermo. Si scrisse infatti che, per giustificare l'evento e come suo punto di partenza, si

⁶⁶ Corte Cass., Sez. U. 22 luglio 1999, n. 500

⁶⁷ Situazione giuridica soggettiva della quale è titolare un soggetto nei confronti della pubblica amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni basate su un potere autoritativo attribuitogli dalla legge, consistente nella pretesa di tale esercizio correttamente e in conformità alla legge.

⁶⁸ Si veda a riguardo BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

dibatteva «a fronte di previsioni normative nuove o di nuova lettura e a fronte di interessi emergenti o di aumentata rilevanza»⁶⁹.

Dopo l'analisi di questa prospettiva e tendenza che risulta essere una sorta di illuminismo giuridico in quanto è l'individuo ad essere messo al centro del sistema e alla base della riflessione come punto di partenza ma allo stesso tempo arrivo, risulta evidente come numerosi e notevoli passi in avanti siano stati compiuti.

Dare delle affermazioni forti, come quelle contenute nel Convengo, della prevalenza assoluta dei singoli soggetti e dei loro diritti ha senz'altro un valore emblematico e di sicura importanza. L'asserzione di principio dell'effettività delle situazioni giuridiche soggettive è infatti senza alcun dubbio rimarchevole.

Arrivati a questo punto però, ogni giurista, ogni uomo di diritto si dovrebbe porre, a mio avviso, tre questioni, tre domande che dovrebbero accompagnarlo verso il futuro per porsi verso di esso nel miglior modo possibile.

Il primo quesito, ironico e tautologico allo stesso tempo, riguarda in maniera diretta l'intero discorso fatto sinora.

In maniera molto limpida e semplice ci si dovrebbe infatti domandare se questa dichiarazione che è stata compiuta al Convegno palermitano riguardo ad una miglior realizzazione della tutela e più in generale della affermazione dei diritti individuali sia essa stessa effettivamente esistente o se invece risulti un agglomerato di belle parole, destinate però a perdersi nell'eco sia delle presone che del tempo.

Per quanto numerosi e vari passi avanti, come quelli citati, sono stati fatti, chi scrive, in tutta onestà, non si sente di poter asserire che vi sia l'effettiva corrispondenza fra quanto detto e quanto davvero esistente, fra la legge astratta e il mondo sostanziale, fra parole e fatti.

In una realtà quotidiana come la nostra dove le notizie di cronaca di soprusi di ogni genere sgorgano copiose, dove il parametro ultimo di valutazione non è quello morale-giuridico bensì quello economico, dove troppo spesso il lacunoso sistema normativo, nei casi in cui non possiede errori, è mortificato dall'opera becera e vigliacca dell'uomo debole, credo sia impossibile, se non addirittura utopico e folle credere in maniera cieca nella corrispondenza reale a una tale affermazione.

All'ordine del giorno vi sono racconti dove i diritti di pochi vengono calpestati per far sì che la macchina economico-capitalista non si fermi, storie dove il progresso non accenna

⁶⁹ SANGIORGI, *Presentazione a Processo e tecniche*, op.cit..

a cedere il passo nonostante innumerevoli certezze scientifiche attestino che continuare in questa direzione non è solo impossibile ma anche estremamente pericoloso, vicende dove anche i più basilari diritti vengono lasciati senza nessun ascolto in un silenzio che però diventa assordante.

La quotidianità che ci scorre, tristemente, sotto gli occhi in maniera incessante ne è la prova palese e lampante. L'unica speranza possibile rimasta è che non sia anche insuperabile.

Il secondo passo è consequenziale al primo in quanto da esso naturalmente discende.

Dopo aver trovato una risposta alla prima domanda, dipendentemente da quale essa sia, qual è la direzione in cui stiamo andando adesso o, *rectius*, dove dovremmo andare?

Nell'immaginare che il responso in questione sia assolutamente relativo e personale, si deve provare il più possibile a rimanere nella strada dell'obiettività.

Presumibilmente questo tipo di percorso, delle risonanti enunciazioni di principio e delle flebili attuazioni della pratica, continuerà ancora.

Con una limitazione impossibile da prevedere dal punto di vista temporale, meno dal punto di vista eventuale.

O arriveremo finalmente all'effettiva e concreta realizzazione del diritto e di tutte le belle parole che lo compongono o, temo, che si assisterà alla caduta dei sistemi giuridici e il ritorno ad uno stato brado e anarchico prima della finale dipartita del genere umano.

La terza e ultima domanda, tornando su di un terreno maggiormente proprio ad un'analisi di diritto, è se, vista l'affermazione della persona con tutti i diritti da essa discendenti, vi siano dei limiti ad una tale tendenza.

Il primo e più insuperabile limite e senza alcun dubbio quello del diritto. Sarebbe a dire che nonostante l'importanza fondamentale che hanno i diritti in questione essi, per quanto alcune volte siano in grado di far degradare altre situazioni giuridiche di una minor rilevanza anche se al contempo astrattamente degne di tutela, essi si devono arrestare quando entrano in conflitto o comunque vengono confrontati con situazioni di egual valore o con l'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Vi potrebbe infatti essere il caso ove il conseguimento del bene della vita e dell'utilità prevista dal diritto sostanziale siano in realtà espressamente precluse dallo stesso legislatore a favore di una tutela risarcitoria e per equivalente.

A tal riguardo si prenda ad esempio l'articolo 2933⁷⁰ del nostro Codice civile rubricato: "Esecuzione forzata degli obblighi di non fare".

Dal secondo comma dell'articolo in questione risulta evidente che ci ritroviamo in una di quelle morbose e patologiche situazioni accennate poc'anzi, dove il valore economico è utilizzato come ultimo parametro valutativo nel contemperamento delle esigenze e degli interessi in gioco. In tali ipotesi infatti il diritto dei cittadini a vedersi riconosciuto proprio il bene della vita e l'utilità pratica che gli apparterebbero attraverso una forma di tutela specifica scompare agli occhi dell'ordinamento se possa comportare un pregiudizio economico allo Stato.

Il valore economico dunque è considerato così rilevante da far degradare sia la situazione giuridica soggettiva e forse l'effettività della tutela stessa nel suo significato più lato e puro.

Evitando di soffermarci su quella parte di dottrina⁷¹ che paventa l'incostituzionalità di tali norme o quanto meno un loro contrasto generale con l'ordinamento internazionale, ma che forse dovrebbe essere ascoltata, si arriverà inevitabilmente a giungere alla conclusione che tutto è risolto dal contemperamento d'interessi effettuato aprioristicamente dal legislatore.

La conclusione a cui si giunge è quindi che *«normalmente, il diritto già sul piano sostanziale viene a configurarsi come limitato e ridotto, onde le carenze sono il riflesso (naturale) delle carenze sul piano sostanziale»*⁷² ossia che una tale conseguenza derivi dalla natura stessa di determinate fattispecie.

Dopo aver quindi definito il principio di effettività della tutela giurisdizionale, aver delineato quella che, secondo chi scrive, è la sua dimensione e portata, e aver tracciato le possibili e future direzioni che esso potrebbe assumere con annessi limiti, nella presente trattazione ci accingiamo adesso ad andare a spiegare come esso possa dispiegarsi dal punto di vista oggettivo e soggettivo all'interno del nostro ordinamento.

⁷⁰ Testo integrale art. 2933 c.c. : «Se non è adempiuto un obbligo di non fare, l'avente diritto può ottenere che sia distrutto, a spese dell'obbligato, ciò che è stato fatto in violazione dell'obbligo.

Non può essere ordinata la distruzione della cosa e l'avente diritto può conseguire solo il risarcimento dei danni, se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale».

⁷¹ PAGNI, *Tutela specifica e per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2005, pag. 65 e ss.

⁷² ORIANI, *Il principio di effettività*, op. cit., pag. 68.

È importante fin da subito accennare che queste due esplicazioni del principio in parola hanno numerosi risvolti e che, seppur si spera di riuscire a darne una panoramica più ampia ed estesa possibile, potrebbero comunque esserne sfortunatamente tralasciati alcuni, si spera, di minor rilievo.

3. L'esplicazione oggettiva del principio di effettività.

Prima di procedere con la descrizione delle declinazioni oggettive del principio di effettività della tutela giurisdizionale è utile soffermarsi, seppur brevemente, sul perché si ritiene, come questo è il caso, che sia necessario dare un quadro delle esternazioni pratiche che ha avuto il principio in esame.

La necessità di una tale premessa è resa esplicita e, di conseguenza, di chiara comprensione per coloro che attentamente abbiano seguito il percorso di studio dottrinario dell'argomento preso qui in considerazione e sul quale ci si sta interrogando.

Come è stato infatti già detto e anticipato nel paragrafo precedente, dalla sua nascita del principio di effettività è stato considerato in vario modo dagli autori di dottrina, facendogli assumere, a seconda del credo, delle idee personali o dell'impostazione giuridica, diversa forma e natura, ognuna dotata di proprie particolari e peculiari caratteristiche.

C'è infatti chi l'ha considerato come una "possibilità tecnica di esercizio del diritto"⁷³; chi ha posto l'accento sulla sua innegabile natura rimediale, di matrice prettamente anglosassone⁷⁴; chi, come si è lungamente detto in precedenza, lo ha innalzato a "canone ermeneutico"⁷⁵ del nostro, ma non solo, intero ordinamento; chi ne ha indagato la dimensione internazionale⁷⁶; e chi infine ne ha enfatizzato la natura squisitamente procedimentale⁷⁷ declinandolo come un *quantum* di caratteristiche minime processuali necessarie in ogni ordinamento.

In un quadro così variegato e, forse, confuso, risulta quindi evidente la necessità di un'attività di razionalizzazione pragmatica del suo contenuto attuale per una sua esposizione sistemica.

Prima di procedere nella disamina, ci sembra potersi giovare di una veloce e pratica definizione sull'accezione data all'aggettivo maschile singolare "oggettivo" così da avere un punto di partenza comune che possa aiutare nel proseguo della trattazione.

⁷³ ORIANI, *Il principio di effettività*, op. cit..

⁷⁴ DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di MAZZAMUTO, Napoli, 1989, I.

⁷⁵ CHIOVENDA, *Principi*, op. cit.; e, ancora ANDRIOLI, *Progresso del diritto*, op. cit..

⁷⁶ BIAVATI, *Europa e processo civile*, op. cit..

⁷⁷ PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà?* Op. cit..

Riferendosi alle esplicazioni oggettive del principio in parola si andrà a valutare ciò che l'ordinamento giuridico nazionale ha predisposto, chiarendo così se e in che modo sia stata attuata l'effettività.

Per "oggettivo" si intende quindi ciò che è sussistente autonomamente e indipendentemente da una qualsiasi valutazione o interpretazione svolta da un determinato soggetto, il quale nulla potrebbe compiere riguardo a detta esistenza non potendo andare ad influenzarla.

Ciò premesso, nello studio qui in esame verranno definite sei possibili esplicazioni oggettive del principio di effettività:

- 1) L'accesso al giudice;
- 2) La pluralità di azioni;
- 3) La pluralità di tutele;
- 4) La pluralità di giurisdizioni;
- 5) Gli effetti sostanziali della domanda e il giusto processo.

(Segue) 3.1. L'accesso al giudice.

Prima di andare ad esplorare l'effettività della tutela giurisdizionale in relazione all'accesso al processo da parte di qualsiasi soggetto, è doveroso ricordare almeno approssimativamente quali sono i presupposti per arrivare al processo.

Come abbiamo già ricordato nel corso del primo paragrafo, l'accesso al giudice per ottenere un qualsiasi tipo di tutela trova il suo punto di partenza in una situazione patologica della realtà sostanziale. La tutela giurisdizionale si rende infatti necessaria qualora un soggetto dell'ordinamento ponga in essere un illecito civile, ossia «*il concreto comportamento difforme dal dovere imposto da una previsione normativa*»⁷⁸.

Un individuo avrebbe quindi dovuto tenere o non tenere un determinato comportamento, ma la sua condotta è stata in concreto difforme dall'astratta previsione di legge.

⁷⁸ LUISO, *Diritto processuale civile*, op. cit., I, *Principi generali*, pag. 8.

In realtà però c'è un qualcosa in più.

Il *quid pluris* a cui si fa riferimento è di fondamentale importanza per poter differenziare l'attività giurisdizionale civile, comprendente anche quella amministrativa e tributaria, da quella penale.

La caratteristica comune dei procedimenti giudiziari civili è chiara e lampante, in quanto tutti originano dall'esigenza di tutela di una situazione sostanziale, mentre nel processo penale è evidente che si ponga l'accento sull'illecito da reprimere e sulla necessità di porre un rimedio all'agitazione sociale da esso provocato.

La "situazione sostanziale da tutelare" merita poi un'attenzione particolare poiché rappresenta un'unicità non da poco del processo ordinario, essendone, come precedentemente detto il presupposto, quasi sempre, necessario. Essa, infatti, altro non sarebbe che quell'interesse talmente rilevante per l'ordinamento da permettere, al soggetto che lo vedesse leso, di adire il giudice ordinario.

Tale interesse è quella situazione giuridica predisposta dal legislatore, ossia il diritto soggettivo. La giurisdizione ordinaria del giudice civile ha infatti la precisa e specifica funzione di andare a tutelare i diritti soggettivi predisposti dall'ordinamento.

Detta caratteristica peculiare è anche confermata dall'articolo 2907⁷⁹ del Codice civile, che è infatti e giustamente rubricato "Attività giurisdizionale".

È questo dunque un attributo fondamentale dell'attività processuale ordinaria, essa «opera, sì, sull'illecito, ma in funzione della tutela dell'interesse protetto»⁸⁰.

Se questo è il quadro predisposto dalla disciplina nazionale sembra quindi possibile, e anzi probabile e preferibile, affermare che, qualora l'ordinamento giuridico predisponga una situazione giuridica soggettiva in capo ad un soggetto esso possa sempre adire l'autorità giudiziaria per vederselo riconosciuto nel caso vi fosse una qualsivoglia problematica a tal riguardo.

⁷⁹ Testo integrale art. 2907 c.c. : «Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio».

La tutela giurisdizionale dei diritti, nell'interesse delle categorie professionali, è attuata su domanda delle associazioni legalmente riconosciute, nei casi determinati dalla legge e con le forme da questa stabilite».

⁸⁰ LUIO, op. cit., I, pag. 10.

Da questa statuizione può desumersi un importante corollario, cioè la presenza di una corrispondenza funzionale fra la situazione soggettiva e il diritto di adire un giudice e ottenere, su di essa, un processo.

Sarebbe quindi a dire che esisterebbe una funzione di corrispondenza fra il diritto soggettivo e il processo, dove il secondo quindi non sarebbe altro che una conseguenza del primo che risulterebbe quindi come antecedente logico all'accesso giurisdizionale e potendo quindi essere considerati come *prius* e *posterius*⁸¹.

Quindi, per essere il più precisi possibile, se esiste una situazione giuridica soggettiva esiste necessariamente il diritto a vedersela riconosciuta attraverso l'attività giurisdizionale.

È semplice e di facile intuizione riconoscere e comprendere l'importanza e la potenza pratica di una tale corrispondenza funzionale.

Attraverso di essa sarebbe infatti possibile affermare, almeno per quanto riguarda la pienezza della tutela giudiziaria, l'effettiva realizzazione e la completezza del nostro ordinamento. Andando così a negare e a eliminare la presenza di zone d'ombra, di grigi giuridici, dove invece una tale tutela non fosse riconosciuta.

Nonostante sia stata prospettata, da una parte della dottrina⁸², la teoria restrittiva secondo cui l'effettività della tutela rispetto al diritto di accesso all'organo giudiziario riguarderebbe solamente quei diritti discendenti direttamente dalla carta costituzionale, è generalmente riconosciuta ed accettata, anche da parte di chi scrive, l'idea secondo cui qualsiasi situazione giuridica soggettiva di fatto esistente farebbe scaturire il diritto d'accesso all'attività giurisdizionale.

A tal riguardo, questa tesi potrebbe essere confermata e suffragata dalla corrispondenza funzionale alla quale si era poc'anzi fatto riferimento. Se infatti fosse vero che in presenza di qualsiasi interesse soggettivo giuridicamente rilevante per l'ordinamento sorgesse il diritto all'adibilità di esso in giudizio allora risulterebbe evidente che il riferimento fatto ai diritti soggettivi sia da ritenersi quanto più generale possibile e non applicabile in maniera specifica ad una sola e limitata parte di essi.

Come è stato già detto nel secondo paragrafo, accanto alle garanzie costituzionali sono presenti anche quelle dell'ordinamento comunitario, di conseguenza la ricerca del diritto

⁸¹ ORIANI, *Il principio di effettività*, op. cit. pag. 16.

⁸² TAORMINA, *Il processo come esecuzione forzata*, Napoli, 2003, pag. 91 e ss..

soggettivo, teoricamente utilizzabile per l'accesso giurisdizionale, deve essere estesa anche a quelle nascenti dal sistema normativo dell'Unione Europea.

Questo ampliamento del quadro degli interessi soggettivi giuridicamente tutelabili si ha nonostante la formale assenza di una norma giuridica espressa che attribuisca il diritto d'accesso giurisdizionale a livello europeo. Detta situazione è dovuta alla tendenza di matrice anglosassone in precedenza richiamata che si concentra nello sviluppo della dimensione rimediale che predilige i *remedies* ai *rights*⁸³.

Questa carenza dal punto di vista del diritto positivo è stata però colmata dall'attività interpretativa della stessa Corte Europea che, nel 1975⁸⁴, affermò che l'articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, oltre a statuire espressamente e a garantire il diritto al giusto processo afferma inoltre come suo corollario il diritto d'accesso giurisdizionale. Confermando quindi così la corrispondenza funzionale fra diritto soggettivo e accesso giudiziale e ponendo in tal modo "un'argine invalicabile ad ogni ingiustificata eccezione alla generale ammissibilità della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche sostanziali"⁸⁵.

Di conseguenza sembra possibile appurare, anche dalla base fornita dall'ordinamento multilivello, la presenza di un rapporto trilaterale fra situazioni giuridiche soggettive, diritto d'azione e accesso al giudice e all'attività giurisdizionale. Si riafferma dunque che qualora si riscontri un qualsiasi tipo di interesse soggettivo giuridicamente rilevante sicuramente esso potrà essere fatto valere, se leso, davanti ad un'autorità giudiziaria.

(Segue) 3.2. La pluralità di azioni.

L'inserimento del diritto d'azione nel rapporto trilaterale accennato giusto poc'anzi alla fine del paragrafo precedente non è affatto casuale. Per chi scrive infatti vi è una connessione molto forte fra l'accesso al giudice e l'azionabilità di una situazione giuridica soggettiva.

⁸³ TROCKER, *Dal giusto processo*, op. cit., pag.42; e, ancora, in senso positivo, DI MAJO, *Forme e tecniche*, op. cit., pag. 19 e ss.

⁸⁴ Caso Golder contro Regno Unito, 21 febbraio 1975.

⁸⁵ TROCKER, *Dal giusto processo*, op. cit., pag. 48.

Come infatti è stato spiegato, sempre nel paragrafo precedente, il diritto d'accesso al giudice è un naturale corollario del principio di effettività della tutela giurisdizionale ma, ovviamente, esso non è il solo che da esso deriva.

Nel corso di questa trattazione si è visto infatti come il principio in questione sia frutto di un'attività interpretativa e che anzi l'articolo dal quale viene fatto discendere enunci in maniera positiva altri diritti costituzionalmente garantiti.

Al primo comma dell'articolo 24 della nostra carta costituyente è enunciato infatti proprio il diritto d'azione⁸⁶ e, a tal riguardo, abbiamo già speso alcune parole per meglio definire la dimensione oggettiva e soggettiva di un tale inviolabile diritto.

L'azione viene normalmente definita e individuata nel potere di ottenere una pronuncia di un provvedimento giurisdizionale di tutela nel merito relativamente al diritto soggettivo che l'attore afferma sia stato violato.

Inizialmente, dopo la sua cristallizzazione nella Carta Costituente, vi era stata una tendenza della Corte costituzionale⁸⁷ ad affermare che il diritto in parola avesse un rilievo solamente dal punto di vista processuale e che invece la sfera sostanziale doveva rimanere da esso intoccata⁸⁸.

Per questo motivo le uniche ripercussioni che si potessero concretamente riscontrare riguardavano l'impossibilità per il legislatore di inserire o imporre limiti di natura processuale alla difesa di un diritto attribuito o riconosciuto dalla normativa sostanziale.

Fortunatamente però questa tendenza, a fronte di numerose critiche, è stata successivamente abbandonata per approdare al risultato di abbracciare quella corrente di pensiero che invece intendeva la garanzia costituzionale ad un livello superiore, di più sicuro e ampio spettro.

Questo cambio di prospettiva è dovuto alla relativizzazione della tradizionale distinzione fra "sostanza" e "procedura", ossia fra la normativa sostanziale e quella invece processuale⁸⁹, che ha quindi comportato una visione più generale ed estesa del diritto in

⁸⁶ Primo comma art. 24 C. : «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi».

⁸⁷ Corte Cost., 14 giugno 1962, n. 57.

⁸⁸ Tesi dell'asserita indifferenza dell'art. 24 C. alla configurazione che i diritti ricevono sul piano sostanziale.

⁸⁹ CONSO, *Premesse per una discussione in tema di norme sulla prova nel processo penale*, e DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, rispettivamente, pp. 1-7 e 8-35.

questione, privilegiando un approccio di sistema in grado di esaltare l'effettività della tutela giurisdizionale nella sua concreta e più piena attuazione.

Si arriva così ad una definizione dell'azione come realmente funzionale al principio costituzionale. «*Con la forza innovatrice del precetto costituzionale deve misurarsi ora anche "l'azione", non quale mero potere di mettere in moto il processo o "diritto-mezzo al provvedimento di merito", bensì quale diritto di disporre (efficacemente) attraverso il processo*»⁹⁰ di quel bene della vita attribuito sul piano sostanziale dalle astratte prescrizioni normative.

Una tale visione è inoltre suffragata e assistita dalla differenziazione di tipologie di azioni che il nostro ordinamento conosce. Nel nostro quadro normativo sono infatti presenti, dal punto di vista processuale, tre fondamentali tipologie di azione: quella di cognizione⁹¹ che tende all'accertamento del diritto controverso, quella esecutiva che si prefigge la realizzazione concreta di quanto contenuto in un titolo esecutivo o altro equipollente e infine quelle cautelari che mirano ad evitare che la durata del processo e la sua lungaggine possano danneggiare in maniera grave o irreparabile il diritto di una parte mortificando lo stesso processo.

La diversificazione dell'azione ovviamente si traduce anche nella differenziazione delle tipologie di sentenze pronunciabili dal giudice all'esito del processo di merito.

Il quadro che ne esce fuori, così come è stato delineato, mette a mio avviso in luce il fatto che a colui che voglia adire l'attività giurisdizionale ordinaria sono offerte diverse possibilità in grado di produrre variegati effetti e ciò per meglio garantire l'adattabilità del processo e della sua pronuncia alla situazione fatta valere concretamente in giudizio. Esaltando in tal modo l'effettività della tutela.

Sembra infatti evidente che è solo in questo modo, ossia mantenendo ampi e mobili i confini dell'attività giurisdizionale, che si potrà far ottenere al soggetto che abbia ragione il bene della vita, l'utilità, il "tutto quello e proprio quello" a cui egli ha diritto. Attribuendogli quanto riconosciuto dalla normativa sostanziale ed evitando «*scarti tra i vantaggi promessi*

⁹⁰ TROCKER, *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna teoria del processo)*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2005, pag. 425

⁹¹ All'interno di queste vi è poi un'ulteriore differenziazione che le distingue azioni di mero accertamento, azioni di condanna e azione costitutiva, ma, a tal riguardo, rinviamo al terzo capitolo per una trattazione più approfondita, dettagliata e specifica.

a livello sostanziale e quelli conseguibili attraverso l'utilizzo dello strumento processuale»⁹².

(Segue) 3.3. La pluralità di tutele.

Lo stesso identico tipo di ragionamento con cui si è appena concluso il paragrafo precedente può poi essere fatto *mutatis mutandis* anche per quanto riguarda i tipi di tutela che possono essere richiesti e successivamente concessi dal giudice.

È infatti evidente che la differenziazione degli strumenti esperibili dall'autorità giudiziaria è funzionale all'applicazione autentica e più corretta del principio di effettività della tutela giurisdizionale, in quanto la presenza di più tipi di tutela serve a far sì che si possa facilmente trovare quella che meglio si possa adattare alla situazione soggettiva che si ritiene in concreto lesa. Esse sono infatti strettamente collegate al tipo di bisogno o bene della vita per il quale sono richiesti costituendone un *posterius*⁹³ strutturato a misura e dimensione della loro soddisfazione.

I tipi di tutela richiedibili all'autorità giudiziaria ordinaria sono essenzialmente tre: la tutela dichiarativa, quella esecutiva e quella cautelare.

La tutela dichiarativa, come è ben noto, ha la funzione di statuire su diritto soggettivo a seguito di un'attività ricognitiva attuata dal giudice a seguito di un determinato procedimento. La statuizione giudiziale determina quindi quei comportamenti che le parti dovranno tenere in futuro riguardo alla situazione sostanziale dedotta per la sua corretta riaffermazione in corrispondenza con la normativa astratta.

In una tale prospettiva il principio di effettività della tutela opera efficacemente riuscendo ad arrivare alla chiusura del cerchio passante dalla realtà sostanziale all'illecito e, infine, di nuovo alla realtà sostanziale come voluta dalle prescrizioni di legge.

Se per l'applicazione del principio in parola alla tutela dichiarativa non si è mai dubitato, lo stesso non si può dire per quanto riguarda quella esecutiva e quella cautelare. Queste ultime due infatti, almeno agli inizi della loro vita subito dopo essere state concepite,

⁹² ORIANI, *Il principio di effettività*, op. cit., pag. 25.

⁹³ LUISO, *Diritto processuale*, op. cit., pag. 11.

venivano viste come semplici appendici del processo dichiarativo giurisdizionale ordinario, cose che invece non sono affatto.

Per quanto riguarda la prima, la tutela esecutiva entra in gioco nel momento in cui fallisce quella dichiarativa, ossia quando ci si ritrova in una situazione in cui la statuizione giudiziale non è più sufficiente per la soddisfazione della situazione sostanziale protetta e ciò perché essa non viene adempiuta da quel soggetto uscito sconfitto dal processo che quindi viola il dovere di comportamento scaturente dall'attività giurisdizionale.

Tale soggetto infatti ben potrebbe persistere nella sua condotta illecita e a quel punto è naturale che si renda necessaria una nuova attività statale per garantire l'effettiva situazione protetta e prescritta dall'ordinamento.

Questa nuova attività viene svolta o coattivamente dai funzionari dell'autorità giudiziaria in sostituzione dell'obbligato attraverso l'esecuzione forzata diretta, che annovera al suo interno diverse specie di varia natura, o rendendo a quest'ultimo più gravoso l'inadempimento che l'adempimento stesso attraverso l'esecuzione forzata in forma indiretta.

Se oramai non si dubita praticamente più di quest'impostazione in passato non è stato sempre così. Nella disciplina del vecchio codice infatti non era previsto il processo esecutivo e, *ex* articolo 1222 previgente, il creditore qualora non fosse spontaneamente compiuta l'obbligazione da parte del debitore poteva chiedere di essere autorizzato a compierla personalmente a spese di quest'ultimo ma, quand'anche avesse ottenuto una tale autorizzazione, non essendo presenti norme in grado di indicare le modalità concrete di attuazione spesso non si riusciva a realizzare quanto statuito nel processo e voluto dall'ordinamento sostanziale.

L'effettività della tutela giurisdizionale è riuscita però a far breccia nella fase esecutiva, dapprima attraverso il riconoscimento formale del processo esecutivo nel codice del quarantadue, successivamente con l'introduzione di numerosi e diversi nuovi articoli riguardanti i procedimenti esecutivi⁹⁴ e, infine, attraverso il riconoscimento dell'applicabilità del principio da parte della giurisprudenza⁹⁵ anche all'esecuzione forzata.

⁹⁴ I più importanti riguardano, senza ombra di dubbio, la tutela in forma specifica e l'esecuzione forzata indiretta.

⁹⁵ Corte Cost., 5 ottobre 2001, n. 333 e 6 dicembre 2002, n. 522.

Sembra infatti evidente che l'attuazione del principio in parola nella sola fase cognitiva rischia di mortificarlo irreparabilmente in quanto spesso è proprio nella fase esecutiva che si può riuscire a far ottenere l'utilità sostanziale attribuita della statuizione giudiziale.

Il principio di effettività va però, per fortuna e necessariamente, inteso in altro modo e cioè come *«connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre coattivamente in caso di necessità, il rispetto della statuizione contenuta nella denuncia e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa»*⁹⁶.

Minori dubbi, invece, sono stati da sempre accostati alla tutela cautelare relativamente all'applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Vista la sua precipua funzione, ossia quella di evitare che il tempo intercorrente dalla presentazione della domanda giudiziale all'emanazione della sentenza di merito vada a danno del soggetto che abbia ragione, la sua connessione con l'assioma dell'effettività è chiara.

In questo lasso di tempo potrebbero infatti incorrere eventi in grado di incidere gravemente sulla realtà giuridica e materiale e così facendo si lascerebbe che lo scorrere del tempo sminuisca o addirittura elimini la necessità di una statuizione giudiziaria, creando una situazione completamente illogica e priva di alcun senso, capace, inoltre, di andare a degradare l'intero ordinamento.

Per queste ragioni non si dubita dell'estensione dell'effettività anche in fase cautelare quando ci sia il pericolo di un danno irreparabile, nelle more processuali, per il titolare della situazione soggettiva fatta valere.

Detta impostazione è stata infatti più volte confermata anche dalla nostra Corte costituzionale in diverse sentenze⁹⁷ che hanno poi successivamente inciso su tutta la giurisdizione civile. L'affermazione dell'appartenenza del principio di effettività anche alla tutela cautelare si può infatti evincere anche nelle sedi di giustizia amministrativa⁹⁸ e tributaria⁹⁹.

⁹⁶ Corte Cost., 8 settembre 1995, n.419.

⁹⁷ Corte Cost., 27 dicembre 1974, n. 284; 23 giugno 1994, n. 253; 13 luglio 1995, n. 318; 21 settembre 1995, n. 437 e 16 luglio 1996, n. 249.

⁹⁸ Corte Cost., 28 giugno 1985, n. 190 e modifica legislativa n. 1034, 6 dicembre 1971, art. 6.

⁹⁹ Modifica legislativa n. 546, 31 dicembre 1992, art. 47.

Discorso analogo va poi fatto per la corte di Lussemburgo. Anch'esse infatti considerano l'effettività come valore pregnante anche la tutela cautelare, tanto da arrivare affermare generalmente, per garantire i diritti provenienti dalla normativa comunitaria, la necessità di provvedimenti cautelari e che qualora essi non siano presenti in un ordinamento interno gli vadano addirittura imposti.

(Segue) 3.4. La pluralità di giurisdizioni.

L'attuazione concreta del principio di effettività della tutela giurisdizionale può essere ricavata anche dalla constatazione della pluralità di giurisdizioni presenti all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. La presenza di più giurisdizioni, riguardante ognuna un particolare settore del nostro sistema giuridico e, di conseguenza, le relative situazioni giuridiche in essi contenute, non è altro che un'ulteriore esplicazione del canone in parola.

Come infatti è noto, all'interno dell'ordinamento nazionale sono presenti differenti funzioni giurisdizionali: quella della giustizia civile ordinaria, esercitata da giudici di pace, tribunali, corti d'appello e in ultimo grado dalla Corte di Cassazione; la giustizia amministrativa, esercitata dai tribunali amministrativi regionali e dal Consiglio di Stato; la giustizia penale e infine la giustizia contabile, esercitata dalla Corte dei conti.

Orbene, questa differenziazione della giurisdizione ha il grande vantaggio di poter permettere una maggiore specificità delle corti che si risolve, anche se purtroppo non sempre, in una miglior conoscenza, da parte dei soggetti che le compongono, della branca del diritto di cui sono oggetto le controversie poste in giudizio.

Detta particolarità del sapere delle corti, ossia la specificità delle conoscenze e delle competenze tecniche possedute dai soggetti componenti l'organo in relazione a determinati e peculiari aree tematiche, comporta necessariamente una miglior applicazione del diritto ed un grado di tutela maggiormente elevato, che, se letti insieme in combinato, altro non sono che una delle tante declinazioni del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Una tale impostazione è inoltre supportata da altre dinamiche e tendenze presenti attualmente nel nostro ordinamento e che si sono progressivamente affermate nel corso degli ultimi anni.

In primo luogo, va segnalato l'importante cambio di rotta operato dalla giurisprudenza delle nostre massime corti riguardo alla trasmigrazione del processo da una giurisdizione ad un'altra diversa. Sino agli inizi del nuovo millennio la situazione vigente nel nostro ordinamento era infatti quella della non operatività dell'istituto della *traslatio iudicii*.

Ciò comportava che qualora un soggetto avesse sbagliato giudice a cui rivolgersi avrebbe potuto, a seguito della declaratoria di difetto di giurisdizione, non essere più nei termini per la proposizione della domanda davanti al giudice corretto, risolvendosi il tutto in una evidente lacuna dell'ordinamento e una mancanza piuttosto forte dell'effettività della tutela.

Fortunatamente questa situazione è stata rimossa con un intervento da parte sia della Corte di Cassazione che di quella Costituzionale¹⁰⁰. Entrambe infatti, seppur seguendo *iter* diversi, sono arrivate ad affermare la necessarietà dell'applicazione della *traslatio iudicii* nonostante il superamento dei termini e con il mantenimento degli effetti, sia sostanziali che processuali, prodotti dalla domanda.

In secondo luogo, va segnalata la predisposizione di un sistema di ricorsi amministrativi interni che sono estranei a qualsiasi giurisdizione¹⁰¹, risolvendosi nella risoluzione della controversia indipendentemente dall'intervento di un giudice, in quanto rimedio aggiuntivo, facoltativo e alternativo rispetto alla giurisdizione¹⁰².

La caratteristica che permette a tale sistema di non incontrare problemi di costituzionalità è la facoltatività del rimedio, che è in questo modo reso come alternativo alla tutela giurisdizionale. Se infatti fosse previsto uno di questi ricorsi come obbligatorio, non permettendo a riguardo la tutela giurisdizionale, li si priverebbe di quel fondamentale diritto costituzionale di adire l'autorità giudiziaria ordinaria per ottenere la tutela che invece gli è garantita dagli articoli 24 della Costituzione e 2907 del Codice civile¹⁰³.

¹⁰⁰ Corte di Cass., 20 marzo 2007, n. 4109 e Corte Cost., 5 marzo 2007, n. 77.

¹⁰¹ L'estraneità alla giurisdizione, come in precedenza chiarito, è dovuta al fatto che i ricorsi in questione non sono rivolti ad un giudice terzo, bensì alla stessa amministrazione.

¹⁰² La maggioranza dei ricorsi amministrativi, escluso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, sono rimedi garantiti in aggiunta alla tutela giurisdizionale. Solo il ricorso straordinario infatti è alternativo alla giurisdizione. Per evitare in questo caso problematiche derivanti dalla violazione del contraddittorio è stato garantito ai controinteressati, *ex art. 10 d.p.r. 1199/1971*, il potere di fare opposizione ad un tale strumento, per far sì che la controversia sia trasferita davanti ad un giudice.

¹⁰³ A riguardo si vedano le sentenze della Corte costituzionale nn. 406/1993, 360/1994, 56/1995.

Attraverso tali ricorsi dunque il soggetto interessato fa valere un proprio diritto soggettivo di fronte ad una pubblica amministrazione per la presunta lesione operata da un provvedimento o da un comportamento amministrativo arrivando ad una “decisione amministrativa”¹⁰⁴ espressione di autotutela¹⁰⁵.

In alternativa alle pubbliche amministrazioni i ricorsi possono essere rivolti ad Autorità indipendenti (si pensi ad esempio al Garante per la protezione dei dati personali) che però sono necessariamente da considerarsi come organi amministrativi se si voglia evitare il contrasto con l’articolo 102¹⁰⁶ della Costituzione. Scelta decisamente imposta visto che non si tratta di giurisdizione¹⁰⁷ e che altro non possa essere secondo l’antico brocardo latino *tertium genus non datur*.

In terzo e ultimo luogo a sostegno dell’effettività della tutela giurisdizionale va segnalata la presenza e la proliferazione di vari strumenti alternativi alla giurisdizione per la risoluzione delle controversie che, così come accade per i ricorsi amministrativi, sono volti ad evitare le lungaggini del processo e la sua eccessiva onerosità, così da garantire maggiormente la tutela della situazione sostanziale.

All’interno di questi procedimenti va operata una *summa* divisione, ossia distinguere gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie che operino in sede giurisdizionale da quelli che invece intervengono in una sede estranea a quella del processo.

¹⁰⁴ Ai sensi dell’art. 3 della legge n.241 del 1990 ogni provvedimento amministrativo consiste in una “decisione”

¹⁰⁵ CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XVIII ed., Milano, 2016, pag. 1092 e ss..

¹⁰⁶ Testo integrale art. 102 C. : «La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario.

Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura.

La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia».

¹⁰⁷ Tale impostazione risulta essere suffragata da una recente statuizione della Corte Costituzionale, la n. 1 del 3 maggio 2018, nella quale la Corte sottolinea che malgrado la nozione “elastica” di giudice *a quo* abbracciata generalmente dalla giurisprudenza, riscontrata nel riconoscere la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale anche organi non strettamente appartenenti ad un ordine giudiziario, tuttavia, condizione imprescindibile per riconoscere la qualità di giudice è sempre l’essenziale requisito della terzietà, di cui risultano privi tali Autorità indipendenti.

I primi¹⁰⁸ sono generalmente regolati come fasi facoltative o obbligatorie dell'*iter* procedimentale della risoluzione del conflitto nella sede del processo dove il loro controllo è affidato, talvolta, al giudice del giudizio in questione.

Per quanto riguarda invece i procedimenti non giurisdizionali di risoluzione delle controversie, i quali si sono affermati come una visione maggiormente evoluta di «*giustizia coesistenziale*»¹⁰⁹, si allude invece a quelli presenti nel V libro del codice di procedura civile¹¹⁰ i quali mirano appunto a garantire la risoluzione dei conflitti in maniera analoga a quella garantita dal processo, seppur partendo dalla differente premessa della volontarietà della scelta delle parti alla loro sottoposizione.

Fra questi ultimi i più importanti risultano essere gli A.D.R., acronimo di *Alternative Dispute Resolution*, che si caratterizzano, oltre ai già ricordati maggior celerità della decisione e minor prezzo della procedura, per una maggiore riservatezza della controversia, che solitamente viene affrontata senza la diffusione mediatica che un processo comporta, e per il carattere volontario della rimessione della scelta ad una procedura extragiudiziale.

Senza addentrarci troppo nelle caratteristiche più proprie di questi istituti o nella loro natura, in questa sede ciò che rileva di questi strumenti è la loro capacità di attuazione di una tutela in maniera abbastanza rapida e veloce e della peculiarità che il tipo di tutela garantita è spesso quella più funzionale ed effettiva, essendo basata sulla volontà delle stesse parti la scelta dell'organismo e della procedura preposti alla risoluzione del conflitto e, a volte, addirittura il tipo di rimedio da attuare in concreto.

In quest'ottica, vista la presenza di questo variegato sistema di meccanismi alternativi alla tutela processuale, sembra quindi di potersi scorgere un ulteriore declinazione dell'effettività. Sembra infatti che l'ordinamento, con la creazione di questi strumenti deflattivi, sia arrivato ad affermare, seppur in maniera indiretta e non giurisdizionalmente, l'effettività della tutela per quel soggetto che veda leso un proprio diritto.

¹⁰⁸ Si allude in questi casi, ad esempio, al tentativo di conciliazione nelle controversie di lavoro, reso obbligatorio dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, relativo alla riforma del pubblico impiego, e regolato dagli artt. da 410 a 412- *bis* c.p.c. e al tentativo di conciliazione introdotto dall'art. 10 della l.18 giugno 1998, n. 192, concernente la disciplina del contratto di subfornitura industriale.

¹⁰⁹ CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, in *Mod. L. Rev.*, n. 56, 1993, p. 282 ss..

¹¹⁰ Per citarne alcuni: la negoziazione assistita, la mediazione, l'arbitrato e la tutela alternativa del garante dei dati personali.

Da un sistema con una composizione tale è infatti agevole dedurre che l'ordinamento si preoccupi non solo dell'effettività della tutela giurisdizionale, quanto dell'effettività della tutela in sé e per sé. Non preoccupandosi quindi della maggiore nobiltà garantita dalla tutela di fronte ad un giudice ed interessandosi esclusivamente di garantire un più ampio, elevato ed effettivo livello di tutela possibile.

(Segue) 3.5. Gli effetti sostanziali della domanda e giusto processo.

Nell'ordinamento italiano oltre alla tutela cautelare sono presenti altri istituti e altre norme che si preoccupano della tempistica processuale sotto diversi punti di vista.

Il primo istituto di cui ritengo sia necessario parlare in relazione all'effettività della tutela giurisdizionale è, secondo *un* iter che ricalca la struttura stessa del processo, quello riguardante gli effetti della domanda. Com'è noto alla proposizione della domanda giudiziale vengono ricollegati alcuni effetti sia di natura processuale che sostanziale.

Dal punto di vista procedurale il principale effetto processuale della domanda è quello di mettere il soggetto che ha adito l'autorità giudiziaria nella possibilità di poter compiere anche l'atto immediatamente successivo, poi quello dopo ancora e così via discorrendo fino alla definizione del giudizio. Secondo alcuni tale effetto non sarebbe della domanda in sé quanto piuttosto dell'atto dove essa è contenuta andando a differenziarsi a seconda del tipo di atto utilizzato basato a sua volta sul tipo di procedimento.

Tale che sia la soluzione preferibile, la distinzione non è qui di molta rilevanza dato che da un punto di vista generale qualsiasi atto partecipa alla funzione giurisdizionale permettendone il corretto proseguire. Per questo motivo sembra potersi dire che tali effetti siano funzionali al principio di effettività della tutela giurisdizionale, in quanto permettono, se utilizzati con cognizione e cura, di addivenire alla statuizione giudiziale nel merito, l'unica in grado di dare il "bene della vita" oggetto e fine del processo, senza il quale non si potrebbe parlare propriamente di una giurisdizione effettiva.

Dal punto di vista sostanziale invece la domanda permette, così come in altro modo fa la tutela cautelare, che alcuni avvenimenti della realtà giuridica possano comprimere e sminuire la necessità del processo nelle lungaggini della sua vita e delle sue vicissitudini. Tali effetti vanno dunque a togliere efficacia ad alcuni accadimenti non dipesi dalla volontà

dell'attore che gli provocherebbero un pregiudizio qualora fossero accaduti prima della pendenza della lite.

Questa è l'accezione che ci sembra più corretto dare all'istituto in questione non riuscendo a prendere per vere altre visioni, come quelle di Satta¹¹¹, che non prevedono alcun tipo di sospensione della realtà esterna al processo. Chi scrive si sente infatti di abbracciare l'interpretazione di un altro illustre processual civilista, quale è Francesco P. Luiso, che con una scelta pragmatica vede una cristallizzazione della situazione sostanziale circostante al diritto dedotto in giudizio¹¹².

Per quel che riguarda il giusto processo, come abbiamo avuto modo di notare nei paragrafi precedenti, esso è basato ed espresso sia in numerose norme internazionali e dell'ordinamento dell'Unione Europea, sia nel nostro articolo 111 della Costituzione. Limitandoci ad analizzare in questa sede alcuni dei tratti generali della tempistica processuale, legati dal *fil rouge* di questo paragrafo, ossia il tempo, possiamo dire che per certi aspetti esso si atteggia e può essere preso come punto di riferimento e parametro del livello di evoluzione, giuridica e sociale, raggiunto in una nazione e nel suo ordinamento giuridico.

Si può senza dubbio affermare infatti che l'esistenza di un apparato giudiziario correttamente funzionante e celere nell'approccio, dall'inizio sino alla conclusione delle controversie, sia un chiaro segnale del raggiungimento dell'effettività della tutela giurisdizionale in un determinato ordinamento giuridico. Questa affermazione spiega tutta la sua verità se si consideri l'importanza che ad un tale principio è stata data in molti dei più avanzati sistemi giuridici occidentali e non solo. Ci si domanda infatti come sarebbe possibile pensare il contrario. Ad esempio, nell'ordinamento italiano, la presenza di una tale struttura assiomatica per la realizzazione della ragionevole durata processuale ha portato alla creazione di altri principi come suoi corollari. Ne è un chiaro esempio quello dell'economia processuale, teso a salvaguardare oltre alle risorse del nostro ordinamento anche il suo

¹¹¹ L'illustre autore non credeva infatti che con la proposizione della domanda si cristallizzasse la situazione oggetto della controversia, ossia che si creasse una sorta di sospensione del diritto intorno ai fatti su cui era basata la richiesta giurisdizionale. Secondo Satta infatti il processo, così come la base fattuale, è una realtà necessariamente collegata al diritto. La quale è quindi soggetta alle sue variazioni e non può essere considerata come completamente avulsa da esso.

¹¹² LUISO, *Diritto processuale*, op. cit., I vol., pag. 66 e ss..

tempo, così da potergli permettere il tentativo di provare a rimediare alla lentezza e macchinosità in cui invece sembra essere incorso.

Se sicuramente non si può dubitare della bontà di un tale ragionamento, sembrerebbe, per chi scrive, che invece bisognerebbe ci fosse un cambio di prospettiva per non arrivare a far derivare da esso risultati eccessivamente marcati ed estremi, tali da sminuire altre su importanti caratteristiche. Si è infatti arrivati, sotto la forte e pungente pressione delle sanzioni minacciate dalle Istituzioni dell'Unione Europea, al punto di travalicare la giusta misura delle cose e del principio in questione.

Chi scrive, pur attribuendo al tempo un valore inestimabile di gramsciana memoria basato su di un suo celebre aforisma¹¹³, ritiene infatti che ci si sia spinti troppo oltre nell'affermazione della natura temporalmente breve del giusto processo. Ritengo infatti che seppur sia un risultato ed un obiettivo al quale ciascun ordinamento giuridico dovrebbe fortemente tendere, in suo nome non possano essere eccessivamente sacrificati altri attributi fondamentali della tutela giurisdizionale¹¹⁴, come ad esempio la sua giustizia o correttezza.

Per paura di udire la ricorrente frase “giustizia ritardata uguale giustizia negata”, si è infatti arrivati a snaturare il processo comprimendolo su stesso, scordando che l'effettività si ha sì con un processo breve ma che senza dubbio non si avrebbe senza un processo giusto, «*essendo la qualità del prodotto indissolubilmente collegata alla qualità del procedimento di produzione*»¹¹⁵.

¹¹³ «Il tempo è la cosa più importante: è un semplice pseudonimo della vita stessa» GRAMSCI, *Lettera a Tania*, 2 luglio 1933.

¹¹⁴ ORIANI, *Il principio di effettività*, op. cit. pag. 75, per l'autore il processo non deve solo garantire a chi abbia ragione l'utilità richiesta nel più breve tempo possibile, in quanto caratteristica della tutela giurisdizionale è anche quella di poter essere esperito correttamente, così come corretto deve essere l'intero procedimento, da colui che abbia torto.

¹¹⁵ ANDOLINA, *Processo ed effettività*, op. cit., pag. 29.

4. L'esplicazione soggettiva del principio di effettività.

Dopo essersi occupati delle esplicazioni oggettive del principio di effettività della tutela giurisdizionale si deve necessariamente andare ad indagare le sue possibili declinazioni soggettive, ossia a chi praticamente si rivolga il principio in questione.

Prima di addentrarci in una tale direzione è senza dubbio utile dire che si andrà ad indagare il valore che il principio in parola ha a livello personale rispetto a talune categorie di individui che vengono considerati in questo caso rilevanti.

Alcuni soggetti infatti hanno la reale possibilità di andare ad incidere sull'affermazione stessa dell'effettività della tutela giurisdizionale e ciò perché essi, a vario titolo, possiedono la possibilità di influenzare il convincimento e le idee di altri, creando così un meccanismo che, a cascata, potrebbe comportare l'espansione del principio in parola.

(Segue) 4.1. Il legislatore.

Il primo soggetto a cui il principio di effettività si rivolge è senz'altro il legislatore dell'ordinamento, ossia il parlamento nella sua funzione legislativa. Chi infatti meglio del soggetto, inteso qui quale organo dello Stato, che ha il potere di creazione del diritto attraverso l'elaborazione di nuovi decreti legislativi e decreti-legge potrebbe meglio e più correttamente operare per il raggiungimento del principio di effettività della tutela giurisdizionale? Una tale visione è basata sul ritenere che qualora il legislatore non predisponesse delle norme funzionali alla protezione dei diritti e della loro adibilità giurisdizionale violerebbe «*il precetto costituzionale non solo interrompendo quella inscindibilità (fra diritto soggettivo e tutela) ma predisponendo anche forme di tutela palesemente insufficienti o inadeguate*»¹¹⁶.

Se questa, come in realtà è, dovesse risultare una domanda puramente retorica, è bene interrogarsi sul “come”, ossia sulle modalità realizzative dell'obbiettivo previsto dall'articolo 24 della Costituzione, il *quomodo* della sua concreta e puntuale attuazione.

¹¹⁶ DI MAJO, voce *Tutela* (dir. priv.), in Enc. dir., XLV, Milano, 1992, pag. 372.

Preliminarmente, e a un livello generale, la modalità preferibile sarebbe attraverso la creazione di un sistema normativo altamente organizzato in modo da risultare funzionale ed organico, da non creare situazioni aberranti e confliggenti con lo stesso diritto o, addirittura peggio, da far nascere lacune normative dove non solo non si potrà parlare di effettività ma non si parlerà proprio di tutela giurisdizionale.

Per quanto possa essere estremamente incantevole ed affascinante questa utopica ed astratta visione, la realtà pratica delle cose, purtroppo, ci insegna che un legislatore del genere non esiste. E ciò non solo per la sua composizione plurima interna che spesso non consente la creazione di un'opera coesa e uniforme per via dei compromessi dovuti alle molteplici idee ed esigenze di ogni membro parlamentare, ma anche e soprattutto per i continui cambi di rotta operati di legislazione in legislazione.

È infatti, a mio avviso, la mancanza di una coerenza all'interno degli anni che ha portato alla costituzione di un sistema che potrebbe essere definito come un accorpamento normativo, un agglomerato, e forse anche accozzaglia, di leggi che, non essendo state pensate con lungimiranza e non tenendo conto di quanto fatto in passato e di quanto si dovrà fare nel futuro, finiscono spesso con lo scontrarsi l'una con le altre, tarpando le ali a quel bellissimo volo, purtroppo in questo caso pindarico, che l'effettività della tutela giurisdizionale potrebbe essere. Ci si preoccupa infatti in maniera esagerata di far vedere all'elettorato che si è agito, senza preoccuparsi di come lo si è fatto e di quali ne saranno i risvolti.

In una tale contesto la soluzione migliore sarebbe quindi quella di andare a creare un sistema normativo globale e integrato, in grado di andare a sviscerare in maniera precisa e puntuale la totalità delle situazioni giuridiche previste nel nostro ordinamento, nonché tutte le problematiche e le implicazioni che da ognuna di esse possono derivare.

Per una tale opera ci dovrebbe essere a mio avviso un cambio di prospettiva radicale riguardo all'approccio di scrittura delle leggi, troppo spesso infatti esse vengono scritte per sopperire ad una specifica situazione fattuale¹¹⁷, allontanandosi a livello di ragionamento da una riflessione generale e andando a incardinarsi eccessivamente nel caso concreto.

¹¹⁷ Uno caso abbastanza esemplificativo potrebbe essere quello di cui si parlerà nel proseguo della presente trattazione riguardo all'azione di classe. La prima disciplina per i procedimenti giurisdizionali collettivi era infatti stata predisposta per far fronte alla situazione dei rimborsi R. C. Auto e i più famosi dissesti finanziari di Parmalat e Cirio.

Scordandosi invero che «*Il particolare è eternamente sottoposto all'universale; l'universale deve adattarsi eternamente al particolare*»¹¹⁸.

Una tale strutturazione, come anticipato, deve riguardare ogni genere di norma, da quelle pertinenti la realtà sostanziale extraprocessuale a quelle processuali, dall'inizio dell'iter del processo sino alla sua conclusione nella fase esecutiva attraverso l'esecuzione forzata.

Nel procedere in questa prospettiva l'artefice della legge dovrà andare a predisporre una serie di interventi normativi ai fini dell'innovazione e del rinnovamento del nostro intero sistema normativo. A riguardo risulta auspicabile che venga predisposta la generalizzazione di alcuni istituti, quali ad esempio l'esecuzione forzata indiretta, ma anche e soprattutto l'ampliamento, che verrà descritto anche in seguito, delle ipotesi e delle facoltà di atipicità così da permettere la tutelabilità di un ventaglio più ampio di situazioni e di conseguenza un livello maggiormente elevato di tutela.

Ovviamente un tale sistema è necessario sia conforme ai principi e ai valori previsti sia a livello interno dal nostro ordinamento sia quelli provenienti da ordinamenti esterni come quello multilivello della comunità europea o quello internazionale. Il lettore intuendo le conseguenze di una tale attività capirà quanto essa possa risultare estremamente complicata per via dei molteplici interessi in gioco, provenienti da i più disparati gruppi d'interesse, passando da comitati locali e di quartiere, sino ad arrivare in seno alle massime Istituzioni internazionali.

Una volta compiuto questo arduo passo, se mai sia realmente possibile compierlo in maniera completa e realmente esaustiva, sarà allora possibile un tentativo per permettere all'effettività del diritto di manifestarsi nella sua diretta attuazione sociale, non andandosi mai a scordare però che un tale sistema necessita di innumerevoli e continue correzioni in modo da adattarlo completamente al mutamento degli eventi e di non fargli perdere aderenza dalla concreta realtà sociale al quale si riferisce e deve riferirsi.

In particolare, come si vedrà nel proseguio di questa trattazione, al legislatore dovrebbe essere affidato un compito di ricerca e perseguimento dell'effettività della tutela giurisdizionale che possa riuscire a disancorarlo dai formalismi di legge per farlo aderire nella maniera migliore possibile e adeguata a tutte le situazioni astrattamente verificabili. Un

¹¹⁸ GOETHE, *Aforismi sulla natura*, n. 196.

percorso dunque, dove si vada ad indagare oltre all'astrattezza della legge anche la situazione o il caso sotteso in concreto.

A tal riguardo si auspica quindi una spinta verso l'antiformalismo giuridico e la flessibilità delle forme attraverso successive riforme legislative che estendano l'ambito della tutela e i rimedi praticamente esperibili per l'approdo ad un più elevato e migliore livello di tutela. Nei prossimi capitoli e specialmente nel terzo si andrà infatti ad analizzare come l'estensione analogica, ma che sarebbe preferibile fosse espressa, di alcuni istituti possa portare ad un miglioramento della tutela offerta in sede giurisdizionale.

(Segue) 4.2. La giurisprudenza.

Il secondo soggetto, inteso questa volta in un'accezione totale e generalizzata, al quale di solito si riferisce riguardo allo spiegarsi degli effetti derivanti dal principio di effettività della tutela giurisdizionale è la giurisprudenza.

Essa va intesa in una duplice dimensione, la prima riguardante i singoli giudici dislocati capillarmente nelle varie corti del panorama giudiziario nazionale, mentre la seconda riguarda l'autorità giurisdizionale intesa nel suo complesso e specificatamente nell'organo di maggior importanza per la giurisdizione civile, ossia la Corte di Cassazione.

Partendo da una riflessione generale è stato infatti esaltato considerevolmente dalla dottrina il ruolo che ricopre l'apparato giudiziario rispetto alla realizzazione del dettato dell'articolo 24 della Costituzione. Come infatti si ricorderà, nel primo paragrafo avevamo prefigurato la natura servente e strumentale del processo rispetto alla realizzazione di quanto astrattamente voluto dalla normativa sostanziale. Per tali ragioni quindi chi meglio delle corti potrebbe quindi andare ad operare in maniera incisiva nella realizzazione di una tutela effettiva?

Se il ruolo ricoperto a riguardo dai giudici sembra innegabile, procediamo ora ad analizzarlo nelle due differenti dimensioni prospettate precedentemente.

Per quanto riguarda il ruolo ricoperto dalla giurisprudenza nella sua portata individuale ci si riferisce a quanto in concreto possa essere operato e definito da un certo giudice in riferimento ad una determinata controversia.

Come infatti risulta generalmente chiaro il soggetto che possa andare ad operare nella maniera più incisiva e pregnante possibile è infatti proprio il giudice a cui la causa è rivolta.

Essendo compito del giudice, come espressione nel suo complesso della generale funzione giurisdizionale civile ordinaria, quello di andare ad avere cognizione su di una specifica controversia di, di valutarne gli atti, i comportamenti e i fatti relativi ad un caso concreto, chi meglio di quello specifico soggetto chiamato a conoscere una situazione potrebbe andare su di essa a incidere e riportarla alla normalità prevista dal diritto?

In questa prospettiva e senza volercisi addentrare in maniera eccessiva, seppur il ruolo del giudice sia configurato e definito secondo i parametri della legge, risulta infatti chiara l'estrema incidenza che il magistrato può avere sulla concreta casistica a lui rimessa¹¹⁹.

Questo genere di affermazioni risulta ancora più vero vista la recente tendenza ad attribuire sempre più poteri ai giudici e a farli assumere un ruolo centrale nella creazione del diritto. Con questa prospettiva infatti *«si va affermando è una concezione del diritto volta ad esaltare la creatività giurisprudenziale come fonte primaria del diritto, in un sistema fondato sul rispetto di principi e diritti fondamentali e sulla loro applicazione in presa diretta da parte dei giudici, con corrispondente svalutazione delle norme di legge e riaffermazione di uno ius di valore preminente rispetto alle leggi.»*¹²⁰

Una tale impostazione risulta essere suffragata, oltre che da una parte della dottrina¹²¹, anche da alcune sentenze¹²² delle nostre Supreme Corti, che appunto prevedono l'espansione dell'applicazione dei principi a discapito delle norme.

Come si può facilmente immaginare, in questo modo al giudice viene attribuito un ruolo più ampio della pura e semplice affermazione della volontà del diritto così come voluto nei sistemi giuridici di *civil law*. Se sulle modalità concrete che un giudice possa utilizzare a tal riguardo si andrà a parlare più approfonditamente nel terzo capitolo, al momento basta dire che egli ha la grande possibilità di andare ad orientare la direzione in cui si spingerà in futuro il diritto pendendo per questa o quella interpretazione delle norme. Seppur rimanendo negli stressi canonici dei sistemi giuridici di *civil law* è infatti fatto notorio come nella nostra

¹¹⁹ FORZA – MENEGON – RUMIATI, *Il giudice emotivo, la decisione fra ragione ed emozione*, Bologna, 2017.

¹²⁰ LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio*, op. cit..

¹²¹ Fra tutti si vedano GROSSI e LIPARI.

¹²² Corte Cost., 24 ottobre 2013, n. 248; Corte Cass., 18 settembre 2009, n. 20106.

cultura giuridica si stia pian piano, e forse neanche così lentamente, sviluppando il principio del precedente giudiziario. Nelle citazioni, nei ricorsi, nelle comparse e in qualsiasi altro atto proveniente da uno studio legale avvocati possono essere validi esempi, in quanto al loro interno si è visto il proliferare di riferimenti giurisprudenziali inseriti per andare a suffragare e supportare le proprie argomentazioni e analogo discorso è assolutamente valido per le motivazioni delle sentenze redatte dai magistrati.

Il ruolo del giudice dovrebbe quindi operare sin dagli inizi dell'attività giurisdizionale, ossia dagli atti iniziali di citazione e risposta, quando il processo inizia a prendere le sue mosse, sino alla pronuncia di merito. È infatti di estrema importanza che si arrivi all'affermazione dell'effettività in tutte le fasi dell'attività processuale, non condividendo in questa sede quella parte di dottrina che, seppur a ragione, evidenzia l'importanza svolta dal rimedio concretamente attribuito dalla sentenza, su di essa concentra esclusivamente, scordando la natura procedimentale della giurisdizione¹²³.

Se, come si è detto, il singolo giudice può svolgere un ruolo, seppur marginale, nell'indirizzo dell'interpretazione da dare al diritto vigente una tale funzione, detta appunto nomofilattica¹²⁴, è attribuita e ascritta alla Corte di Cassazione dall'articolo 65 della legge sull'ordinamento giudiziario italiano¹²⁵.

La funzione nomofilattica, essendo il compito di maggior importanza della Corte di Cassazione, è da essa esercitata per garantire l'uniformazione e il coordinamento dell'interpretazione e applicazione delle norme da parte di tutti i giudici del sistema giudiziario italiano.

Le ragioni di questa custodia del senso delle norme è chiara: si vuole garantire, come obiettivo necessario per la realizzazione dell'ordinamento, la certezza del diritto e per farlo si è scelta la via dell'interpretazione univoca delle norme da parte di quell'organismo che

¹²³ PERLINGERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile, Il giusto processo civile*, Milano, 2011, pag. 1 ss..

¹²⁴ La parola "nomofilattico" deriva etimologicamente dal greco νόμος, che significa "norma", unito al verbo φυλάσσω, che indica l'azione del "proteggere con lo sguardo".

¹²⁵ Testo integrale art. 65, R. D., 30 gennaio 1941, n. 12. : «La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, e adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. La corte suprema di cassazione ha sede in Roma ed ha giurisdizione su tutto il territorio del regno, dell'impero e su ogni altro territorio soggetto alla sovranità dello Stato.».

più di tutti possa darne la giusta e corretta lettura, così da promuovere un'evoluzione della giurisprudenza nella direzione più consona ai valori costituzionali e dell'ordinamento dell'Unione Europea.

È senza alcun dubbio questo uno dei modi migliori in cui il nostro ordinamento possa garantire, all'interno di sé stesso, l'effettività della tutela giurisdizionale.

La predisposizione di un organismo in grado di individuare quale sia la miglior interpretazione possibile delle singole norme, così come del sistema normativo in generale è indubitabilmente una delle modalità più performanti ed incisive per ottenere l'effettività della tutela. Alla Corte di Cassazione è giustamente quindi demandato il compito di orientare il diritto, attraverso la sua attività interpretativa, verso una direzione che sia funzionale all'ottenimento e al mantenimento dell'effettività della tutela. E ciò avviene sia in relazione ai parametri nazionali ricavati dalla costituzione, sia rispetto a quelli comunitari dove in realtà però un ruolo preponderante è svolto anche dal rinvio pregiudiziale¹²⁶ alla suprema corte dell'Unione Europea.

(Segue) 4.3. La dottrina.

Se l'argomentazione appena fornita è di sicura validità e verità, in quanto l'orientamento fornito dalla Suprema Corte interna è da ritenersi vincolante per il resto dell'autorità giudiziaria, un ragionamento analogo può anche essere utilizzato per la dottrina nazionale.

Se infatti alla Corte di Cassazione è espressamente attribuito il ruolo di guida e di difensore della corretta interpretazione del diritto vigente nel nostro ordinamento, un ruolo simile, seppur non esplicito può anche essere attribuito ai migliori interpreti e conoscitori del diritto del panorama nazionale e internazionale.

La dottrina infatti, in quanto composta da uomini che appartengono al mondo giuridico in vario modo, seppur non possa andare a statuire in maniera obbligatoria sul senso da attribuire ad una determinata disposizione può senza dubbio incidervi in via indiretta.

¹²⁶ E esso infatti svolge una funzione analoga a quella attribuita nazionalmente alla corte di Cassazione. È attraverso detto rinvio e la sua attività di orientamento che viene garantita all'interno dell'Unione Europea l'uniformità e la corretta applicazione del diritto in tutti gli Stati membri.

L'uomo nell'accrescere e sviluppare la sua cultura ha infatti da sempre usufruito e sfruttato le idee e le impostazioni dei suoi predecessori quando ritenute corrette e di valore. Il sapere viene usualmente tramandato anche da un punto di vista personale. Sarebbe a dire che una determinata impostazione giuridica, un pensiero o una visione del diritto, può essere acquisita anche in base a quale soggetto abbia diffuso e spiegato una determinata nozione ai propri discepoli dal punto di vista accademico.

È in questo quindi che ritengo ci possa essere un'influenza indiretta. La dottrina non ha solo l'onore di tramandare il proprio sapere, ha l'onere di farlo. E ha l'onere di ponderare se il sapere che sta trasmettendo sia il migliore possibile o meno, se sia quello più corretto secondo in tempi, se sia quello che più rispecchia la società e civiltà che è attualmente presente nel nostro stato, così come in tutto il pianeta.

La dottrina quindi potrebbe giocare un ruolo fondamentale nell'influenza del pensiero di numerosi soggetti. In primo luogo potrebbe contribuire alla formazione del miglior pensiero di quegli studiosi che, ancora in erba, si accingano ad apprendere e a conoscere il mondo del diritto. In secondo luogo potrebbero influenzare il pensiero dei giudici delle corti¹²⁷, avendo in tal modo un'influenza indiretta rispetto ai ragionamenti fatti nel precedente paragrafo. Infine, in terzo luogo potrebbero, attraverso un fenomeno di interpretazione evolutiva delle norme, far comprendere ai cittadini, così come al legislatore, quale sia la direzione verso cui orientare le successive modifiche legislative per il miglioramento e la crescita dell'intero sistema normativo, in un fenomeno di vera e propria rivoluzione culturale.

Qualora infatti non vi fosse un'opera di rimodernazione dell'ordinamento è evidente che si arriverà inevitabilmente, come la storia insegna, ad un suo collasso. C'è chi in passato a riguardo scrisse «*Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi*»¹²⁸.

Da questo obbligo sociale per gli esperti di diritto può infatti nascere un'impostazione in grado di andare a migliorare la società nel tempo, può avere l'effettiva incidenza in un miglioramento della visione della realtà giuridica così da risollevarla da quelle sabbie mobili dove da troppo tempo sta annaspando.

¹²⁷ Obbligo di ogni giurista è infatti quello di informarsi e aggiornarsi costantemente sulle variazioni, derive o prospettive del mondo del diritto.

¹²⁸ TOMASI DI LAMPEDUSA, *Il Gattopardo*, 1958.

Sono le migliori menti a dover formare le migliori menti del futuro. Sono i soggetti più illuminati che devono indicare ai posteri la strada da seguire e la corretta direzione da intraprendere.

Solo una volta che sarà presa seriamente la consapevolezza di quest'onere sociale verso le prossime generazioni, solo una volta che si sarà capito che dare una prospettiva evolutiva del diritto potrebbe non essere un'oscura onta verso i propri avi, quanto invece potrebbe rivelarsi come una prospettiva auspicabile e da perseguire, si riuscirà ad avere un cambiamento reale della civiltà in cui viviamo.

Il cambiamento è infatti necessario. E per farlo è necessario che la rivoluzione sia culturale ancorché prima che sociale.

L'effettività della tutela in questo caso potrebbe essere o il miglior alternativa per riuscire a raggiungere l'obiettivo o una delle fortunate memorie che sopravvivranno al cambiamento.

Quale delle tue impostazioni sarà quella che effettivamente si avrà poco importa. Ciò che conta è che un tale principio non ci abbandoni ma, e soprattutto, che un cambiamento ci sia.

(Segue) 4.4. I cittadini.

Se per la dottrina si è fatto un discorso di presa di coscienza del proprio ruolo sociale esso deve essere fatto a maggior ragione per i cittadini di una nazione.

È oltremodo evidente come col passare del tempo le istituzioni siano diventate via via sempre più distanti da quell'apparato sociale per cui erano state predisposte e che avevano il compito di proteggere. Ciò è dovuto dal chiaro scoramento che l'individuo ha nei confronti dello stato in generale e dei suoi apparati. Dal senso di sfiducia che permea non solo la realtà, ma anche le stesse idee e pensieri dei singoli che oramai hanno smesso non solo di sperare in un qualsiasi tipo di aiuto statale, ma anche che un cambiamento di rotta ci possa essere in futuro o che sia astrattamente possibile.

In una tale situazione sarebbe necessario che venisse riaperto il dialogo fra coloro che predispongono l'ordine e coloro che sono ordinati poiché l'attribuzione di un tale potere è operata dai cittadini, ogni singolo giorno, e non solo al momento delle elezioni.

In questa prospettiva il ruolo che i cittadini potrebbero svolgere in relazione dell'effettività della tutela potrebbe essere lo stesso svolto dalla dottrina, ossia la creazione di una prassi in grado di avere un'influenza indiretta per l'ordinamento.

Come è stato accennato all'inizio della trattazione "*ius est facultas exigendi*"¹²⁹, ossia la facoltà di esigere che il proprio comportamento venga codificato in norma.

In questa prospettiva il comportamento dei consociati è preso a parametro per il futuro indirizzo del sistema normativo, sono le esigenze dei singoli che, aggregate una ad una, compongono quelle esigenze sociali di cui le norme dovrebbero essere la naturale e fisiologica espressione in legge.

Al contrario di quanto altro si potrebbe credere¹³⁰, la norma è azione, è dinamica e insito in questo dinamismo vi è la possibilità di farla cambiare, adeguare ed evolvere insieme ai bisogni e alle necessità della società stessa.

È la stessa carta costituzionale a prevedere dette possibilità all'articolo 3¹³¹ che impone il superamento di qualsiasi ostacolo di ordine economico e sociale per la libertà, l'uguaglianza, il pieno sviluppo della persona e la sua partecipazione all'organizzazione e alla vita dello stato¹³²

Una delle modalità potrebbe essere riprendere fiducia nel panorama istituzionale, aumentare la partecipazione popolare e diretta nelle istituzioni, iniziando con una più elevata percentuale di afflusso elettorale per poi passare all'utilizzo degli strumenti che il nostro ordinamento ci riconosce a tal riguardo¹³³.

¹²⁹ Fra i sostenitori di un tale pensiero si annoverano anche SANTI ROMANO e FROSINI.

¹³⁰ "*ius est facultas agendi*", ossia che il diritto sarebbe per il cittadino la facoltà di agire in via giurisdizionale.

¹³¹ Testo integrale art. 3 Cost. : «Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.».

¹³² A tal riguardo si legga CAPRIO, *La Democrazia Sussidiaria*, Roma, 2012.

¹³³ Ci si riferisce ad esempio agli istituti della petizione, del referendum abrogativo, confermativo e alle leggi di iniziativa popolare.

Se infatti si fosse consapevoli che i comportamenti che teniamo ogni giorno hanno una valenza e un valore nella vita dello Stato, che gli atti da noi compiuti quotidianamente non sono fini a sé stessi avendo una rilevanza esterna e sociale, attraverso una coesione di persone e d'intenti si potrebbe, a forza di mandare segnali, riuscire a far presa sulle istituzioni, si potrebbe allora essere il cambiamento che si vuole vedere nel mondo.

In questo modo oltre all'opera svolta dall'apparato statale per garantire l'effettività dell'ordinamento ci sarebbe anche una spinta proveniente dal basso.

Chissà se prima o poi queste due forze di opposta origine non possano incontrarsi a metà strada.

L'effettività della tutela consumeristica

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il consumatore e il codice del consumo. – 3. L'effettività della tutela sostanziale consumeristica. – 4. L'effettività della tutela processuale. – 5. La *class action* statunitense. – 6. Le differenze dell'azione di classe negli anni nel suo lungo *iter* legislativo. – (Segue) 6.1. I primi progetti: nn. 3838 e 3839 del 2003. – (Segue) 6.2. Il primo approdo: la legge 244 del 24 dicembre 2007. – (Segue) 6.3. Dall'azione collettiva risarcitoria all'azione di classe: la riforma del 2009. – (Segue) 6.4. Un ulteriore cambio di rotta: Decreto-legge 1/12. – 7. Il funzionamento dell'azione di classe. – 8. Comparazione fra i modelli statunitense e italiano.

1. Premessa.

Dopo aver delineato il profilo generale del principio di effettività della tutela giurisdizionale, aver visto la sua interpretazione, la sua portata a livello comunitario e internazionale e averne visto le esplicazioni concrete dal punto di vista oggettivo e soggettivo con anche delle piccole prospettive, lo scopo di questo elaborato è vedere come un tale principio venga specificatamente applicato alla particolare e speciale categoria dei “consumatori”.

Per raggiungere detto obiettivo si procederà nel definire la figura e il ruolo di questa tipologia di soggetti, partendo dalla genesi e dalle motivazioni che hanno portato alla creazione di una specifica disciplina a loro applicabile. Successivamente poi si delinea sommarariamente la tutela sostanziale a loro concessa andando a far vedere come il principio in questione pervada una tale settore del diritto, per arrivare alla delineaazione del sistema processuale pensato per tutelarli. Si procederà a riguardo con un *excursus* storico delle tutele da essi esperibili nel tempo, con particolare attenzione sulla natura, il ruolo e gli effetti dell'azione di classe ed andando infine a definirne i meccanismi per indagare se riesca ad attuare concretamente il principio di effettività della tutela.

2. Il consumatore e il codice del consumo.

La figura del consumatore così come la nascita della disciplina legislativa del codice del consumo ad esso dedicata sono situazioni relativamente recenti nel panorama del diritto nazionale e internazionale. La loro apparizione, da intendersi per certi aspetti come assolutamente necessaria, è dovuta al cambiamento che vi è stato dal punto di vista sociale negli ultimi ottant'anni.

All'esito dei grandi conflitti incorsi nel secolo scorso vi è stato infatti un considerevole aumento dei rapporti e degli scambi commerciali intercorrenti fra soggetti provenienti da nazioni e aree dell'emisfero profondamente differenti. Ciò è dovuto senz'altro a diversi fattori.

Da un punto di vista sociale vi fu infatti una spinta di libertà e aggregazione indistinta e indeterminata degli individui, quasi per andare a reagire al clima rigido e teso che aveva caratterizzato il precedente periodo; dal punto di vista scientifico la proliferazione delle interazioni fu dovuto dal potente impatto avuto dalla globalizzazione e dal progresso tecnologico; infine dal punto di vista giuridico esso è da attribuirsi dalla diffusione e recezione di altri modelli giuridici e dall'inizio dello studio di tali diversità grazie alla comparazione giuridica.

In una tale situazione si è progressivamente venuto a creare un mercato molto vasto e variegato. Si potevano infatti trovare differenti tipologie di prodotti e servizi, le più svariate tipologie contrattuali con altrettante modalità di pagamento, nonché i più difforni e dissimili soggetti in esso operanti.

Proprio lo svariato numero di soggetti agenti nel mercato globale e la loro grandi diversità stavano diventando una delle principali ragioni della presenza di abusi e di situazioni patologiche e anormali.

In virtù della nuova natura dei rapporti commerciali, dove l'atomismo dei soggetti e dei beni aveva iniziato a farla da padrone, si stava infatti iniziando a vedere e a rimarcarsi la diversità soggettiva fra tutti gli operatori che in vario modo si trovavano ad agirvi. Si poteva infatti spaziare dall'agricoltore all'uomo di città, dal singolo privato alle istituzioni statali, dal piccolo imprenditore alla grande azienda multinazionale.

In una tale situazione risulta evidente come potessero verificarsi molteplici situazioni abusive e patologiche. Si passava dal mercato locale, dove generalmente si conosceva la stragrande maggioranza dei prodotti in vendita, ad un mercato internazionale, per non arrivare a parlare di quello elettronico-virtuale, dove l'inusuale e l'ignoto erano all'ordine del giorno. La presenza di prodotti sconosciuti e di soggetti abituati più di altri a compiere un determinato tipo di scambi commerciali aveva portato alla creazione di una differenziazione significativa e nulla affatto indifferente di posizione e di forza contrattuale di alcuni soggetti su di altri.

Se da un lato l'abuso di posizione dominante è stato frenato attraverso l'elaborazione delle leggi e della disciplina anticoncorrenziale¹³⁴, lo stesso non poteva dirsi per la differenza di nozioni intercorrenti fra operatori abituali del mercato e quei soggetti che invece vi si trovavano ad operare saltuariamente e al fine, quasi sempre esclusivo, del consumo.

Una tale situazione è definita come un'ipotesi di squilibrio informativo, ossia un'ipotesi in cui un soggetto potesse provare, e spesso riuscire, ad avvantaggiarsi della sua controparte contrattuale proprio in virtù delle sue conoscenze e dell'ignoranza dell'altro soggetto, permettendogli in questo modo, se non di manipolarlo e frodarlo, quanto meno di metterlo in una situazione di difficoltà nel momento della decisione sulla chiusura o meno di un determinato accordo.

In ciò si sostanzia la situazione di asimmetria informativa, ossia, come è evidente, quando una delle due parti contrattuali si ritrovi ad essere avvantaggiata in virtù del ruolo ricoperto e dell'abitudine dal lui posseduta rispetto ad una determinata categoria di accordi, beni o servizi.

Dall'altro angolo prospettico invece si trova il contraente debole, ossia quel soggetto che potrebbe ritrovarsi in una situazione di fragilità e svantaggio viste le sue poche conoscenze e informazioni, soprattutto se messe in relazione a quelle elevate che invece sono nella disponibilità della controparte.

La differenza di informazioni come accennato poteva e ha effettivamente portato alla costituzione di numerosi abusi. Situazioni in cui un soggetto si ritrova a concludere un contratto che altrimenti non avrebbe concluso o a concluderlo a condizioni più gravose di quelle che avrebbe ottenuto se fosse stato completamente cosciente di tutte le dinamiche e caratteristiche dell'accordo.

Per far sì che tali situazioni patologiche diminuissero in modo da garantire la correttezza e l'efficienza del mercato per il mantenimento e il proseguo dei valori economici della società capitalista si è andata allora a creare la disciplina consumeristica, nella cui prospettiva, il consumatore non sarebbe altro che un «*agente della razionalità del mercato*»¹³⁵, ossia di un mezzo e di uno strumento per la «*realizzazione di un mercato unico, razionale e privo di atti distorsivi*»¹³⁶

¹³⁴ L'introduzione della disciplina nel sistema normativo in Italia si è avuta con l'articolo 9 della legge numero 192 del 18 giugno 1998, la quale è stata poi successivamente modificata con l'articolo 11 della legge numero 57 del 5 marzo 2001.

¹³⁵ MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2017, pag. 102.

¹³⁶ ROMANO, *Europa e Diritto Privato*, fasc.1, 1 marzo 2018, pag. 247

Il primo richiamo di questo *status*, senza andare ad indagare in questa sede se di una tale qualifica si possa parlare¹³⁷, risale al 1957, quando venne firmato a Roma il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea. Ma è solo con il Trattato di Maastricht del 1992 che a tutela consumeristica viene ad assurgere un ruolo reale nell'Unione Europea, diventando obbiettivo esplicito della sua politica legislativa dove infatti viene espressamente scritto che «*La Comunità contribuisce mediante al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, mediante azioni specifiche di sostegno e di integrazione della politica svolta dagli Stati membri al fine di tutelare la salute, la sicurezza, gli interessi economici dei consumatori e di garantire loro un'informazione adeguata*».

Sarà pochi anni più tardi, nel 1996, che la parola “consumatore” viene inserita per la prima volta nel diritto italiano. Infatti, con la legge numero 52 dello stesso anno, attuativa della direttiva CEE numero 13 del 1993, viene inserito all'interno del Codice civile, specificatamente nel libro IV delle obbligazioni l'autonomo capo XIV-bis, intitolato «*Dei contratti del consumatore*» composto al suo interno dagli articoli dal 1469 -bis al 1469 -sexies.

Dopo questa prima importante introduzione della tutela consumeristica ve ne furono successivamente altre, sempre dettate dalla spinta armonizzatrice dell'Unione Europea, le quali però generalmente riguardavano particolari settori o ambiti circoscritti delle vicende di consumo. Fra queste, per citarne alcune e in ordine cronologico, le più famose sono quelle riguardanti le discipline: del credito al consumo (d.lgs.. n. 385/1993); del settore turistico (d.lgs.. n. 111/1995); la vendita di multiproprietà (d.lgs.. n. 427/1998); la vendita di prodotti finanziari (d.lgs.. n. 58/1998); la vendita di beni di consumo (d.lgs.. n. 24/2002).

Ma è solo con il decreto legislativo numero 206 del 6 settembre del 2005 che si è arrivati all'introduzione del notoriamente conosciuto “codice del consumo”.

Tale opera contiene al suo interno una disciplina specifica e unitaria di tutto il settore consumeristico, ispirata dalle istanze provenienti dall'Unione europea che avevano ad oggetto la creazione di una disciplina unitaria e comune nonché la sua semplificazione.

Nonostante l'opera costituisca «*il riassetto della normativa previgente (...) attraverso una pedissequa ripetizione delle disposizioni nella loro originaria formulazione*»¹³⁸ e sia stata criticata in

¹³⁷ Si veda a tal riguardo BARCELLONA, *Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo-mondiale*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1977, pag. 166, dove viene criticato l'attribuzione del concetto di *status* al consumatore, in quanto vista come eccessivamente statica rispetto alla dinamica identità consumeristica.

¹³⁸ CATRICALÀ – PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, pag. 2.

vario modo dalla dottrina¹³⁹, essa ha l'indubbio valore di raccogliere quindici anni di attività normativa all'interno di un'opera unitaria e di garantire, almeno, una loro più semplice e rapida reperibilità, nonché e soprattutto la sua coerenza sistematica.

Così come è stata delineata, la figura del consumatore risulta essere quel soggetto che in un rapporto contrattuale si ritrovi, a causa della differenza di nozioni e informazioni conosciute da lui e dalla sua controparte, ad essere la parte contraente debole in una situazione di asimmetria informativa.

Come però vedremo nel proseguio di questa trattazione, la qualifica di consumatore viene però in alcuni casi attribuita indipendentemente dall'instaurazione di un rapporto contrattuale. Questo accade perché ci si è finalmente resi conto che la possibilità di abusi nel mercato, derivante dallo squilibrio informativo e dalla posizione ricoperta dai due soggetti contraenti, può presentarsi non solo durante la stipula del contratto, ma anche nelle fasi ad essa precedenti e successive, quali possono essere, rispettivamente, il momento della persuasione e dell'attuazione del contratto.

Tale cambio di prospettiva è stato causato dallo studio della casistica delle problematiche della categoria consumeristica che ha comportato quindi di conseguenza un intervento normativo per garantire il più elevato ed effettivo livello di tutela possibile per il consumatore.

¹³⁹ FALZONE CALVISI, *Il "taglia e incolla" non si addice al legislatore*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006, pag. 107; e ancora BARBA, *Commento all'art. 129*, in *Commentario al codice del consumo*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007, pag. 889.

3. L'effettività della tutela sostanziale consumeristica.

La normativa del codice del consumo - come si è detto nel paragrafo precedente - oltre ad essere un primo esempio di “decodificazione” rispetto alla generale disciplina prevista dal Codice civile, costituisce un sistema precettistico settoriale che ha il grosso pregio di essere stata elaborata per garantire un elevato livello di tutela per questa categoria di soggetti deboli, i consumatori appunto.

Questa sua prima caratteristica, ossia di essere una normativa specifica e di settore, rappresenta già una delle prime espressioni dell'alto livello di effettività della tutela che un tale codice offre. Esso infatti si applica non generalmente a chiunque ma solo ad una determinata categoria di soggetti. Per tale e semplice motivo risulta evidente che una tale disciplina sarà stata pensata e scritta per adattarsi in maniera molto efficace e stringente alla figura del consumatore e alle possibili ipotesi e situazioni in cui tale soggetto si possa ritrovare.

La naturale conseguenza derivante dalla premessa appena fatta è che l'efficacia della disciplina del consumo, vista la specificità delle disposizioni, sarà necessariamente più alta rispetto alla generalità delle altre normative.

È questo infatti uno degli esempi del “particolarismo legislativo”¹⁴⁰ così come accettato anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato¹⁴¹.

Si tratterebbe quindi di una disposizione legislativa che perde quei caratteri di indefinitività, generalità e astrattezza che erano propri dei grandi codici e della legge, per passare a delle disposizioni caratterizzate da un alto livello di peculiarità. In questo modo vie è un passaggio dall'unicità dei soggetti ad una loro divisione, particellizzazione e «*frammentizzazione*»¹⁴².

È come se vi fosse una tendenza inversa rispetto a quella operata nella tradizione dei grandi codici. Prima vi era un'esigenza di legalità che veniva attuata mediante la sottoposizione generale ed indistinta di chiunque alla legge, mentre adesso la tendenza è quella di offrire un livello di tutela maggiormente elevato con normative caratteristiche avvicinandosi appunto a determinate categorie di soggetti. In questo modo «*si è quindi passati da un mono-sistema imperniato sul Codice civile e*

¹⁴⁰ Alcuni esempi potrebbero essere le discipline dei contratti di multiproprietà e di credito al consumo, successivamente entrambe confluite nel codice del consumo, nonché i contratti relativi alla prestazione dei servizi d'investimento, quelli di sub-fornitura e quelli di prestazioni di servizi accessori.

¹⁴¹ Cons. di Stato, Sez. consultiva, 20 dicembre 2004, n. 11602.

¹⁴² ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, pag. 99

sulle poche leggi ad esso complementari, a un poli-sistema di leggi parcellizzate sempre più di stanti tra loro e dal Codice civile»¹⁴³.

L'elevato livello di tutela e la sua conseguente effettività è senz'altro desumibile da un'altra caratteristica della normativa in questione. Infatti, posta la sua natura settoriale, potrebbe non essere del tutto esauriente e prevedere completamente tutte le possibilità in concreto esistenti sul piano fattuale. Peraltro, oltre alla possibilità di qualche fisiologica lacuna normativa, vi potrebbe essere il caso di qualche dubbio interpretativo su quale norma in concreto applicare quando confliggenti, se quella del codice del consumo o del Codice civile.

Per risolvere alla radice una tale situazione ed evitare l'insorgere di una qualsivoglia problematica a riguardo sono state all'uopo formulate alcune disposizioni normative di raccordo fra i due codici che sono state appositamente inserite e risultano essere presenti in entrambi.

Queste norme sono gli articoli 38¹⁴⁴ e 142¹⁴⁵ del codice del consumo, nonché l'articolo 1469 -bis¹⁴⁶ del Codice civile. Tra l'altro proprio quest'ultima è l'unica norma sopravvissuta e non abrogata del precedentemente ricordato capo XIV -bis dei «*contratti del consumatore*».

La prima di queste, l'art. 38 cod. cons., stabilisce la sussidiarietà del Codice civile rispetto alla disciplina consumeristica per quanto da essa non previsto rispetto ai contratti conclusi da un consumatore. Quindi è lo stesso codice del consumo a prevedere come agire in caso di lacune normative della sua stessa disciplina per provvedere alla loro eliminazione. In questo modo quindi viene stabilita come *extrema ratio* la residualità della disciplina del Codice civile. Ma tale affermazione risulta essere sempre veritiera? In altri termini, in caso di una mancata previsione dei precetti consumeristici è sempre la normativa codicistica a dover essere utilizzata per colmare il vuoto legislativo?

In risposta a questo interrogativo sono state fortunatamente espresse le altre due norme precedentemente citate, l'art. 142 cod. cons. e il 1469 -bis c. c., che hanno il sicuro ed evidente pregio

¹⁴³ CATRICALÀ – PIGNALOSA, *Manuale del diritto*, op. cit., pag. 9-10; e ancora, in tal senso IRTI, *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1979, I, pag. 141 e ss..

¹⁴⁴ Testo integrale art. 38 cod. cons. : «Per quanto non previsto dal presente codice, ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del Codice civile.».

¹⁴⁵ Testo integrale art. 142 cod. cons. :«Gli articoli 1469 -bis, 1469 -ter, 1469 -quater, 1469 -quinquies e 1469 -sexies del Codice civile sono sostituiti dal seguente: «Art. 1469 -bis Contratti del consumatore. Le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore».».

¹⁴⁶ Testo integrale art. 1469-bis c.c. :« Le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore».

di innalzare ancora di più il livello di tutela garantito al consumatore e con esso l'effettività dell'intera disciplina.

Il combinato disposto di queste due norme consente di sostenere che a tal riguardo siano stati abbandonati i criteri tradizionali di applicazione di una norma, ossia il criterio gerarchico, quello cronologico e quello della specialità.

Questi usuali e tipici criteri vengono in questo caso abbandonati per approdare verso un criterio funzionale che consiste nell'applicazione sussidiaria della normativa più favorevole per il consumatore e solo in ultima analisi della disciplina del Codice civile.

In questo senso quindi prima si dovrà andare a valutare l'applicabilità prima della disciplina consumeristica, in caso ciò non fosse possibile e quindi in caso di una sua lacuna normativa bisognerà andare a valutare se *«possano essere colmate dal Codice civile solo dopo aver verificato l'impossibilità di impiegare altre disposizioni più favorevoli al consumatore»*¹⁴⁷.

E' in ciò che il "criterio funzionale" mostra tutta la sua importanza e la sua connessione con un elevato livello di tutela e la sua effettività, in quanto va a creare un sistema che sistematicamente cerca l'applicazione della normativa che possa generare più vantaggi possibili per il consumatore e che, in ultima analisi, potrebbe essere considerata la più vicina, la più fedele e quella maggiormente corrispondente all'astratta previsione normativa del legislatore e di come dovrebbe essere la realtà sostanziale.

Da ultimo, a tal riguardo, merita di essere menzionato il fatto che la disciplina consumeristica al consumatore equipara anche l'utente¹⁴⁸, il quale però è presente solamente in una norma all'interno di tutto il codice del consumo, precisamente all'articolo 101¹⁴⁹.

Una volta aver stabilito "quale" sia la normativa in concreto applicabile risulta necessario comprendere "quando" vada applicata.

¹⁴⁷ CATRICALÀ – PIGNALOSA, *Manuale del diritto*, op. cit., pag. 9.

¹⁴⁸ Un tale soggetto sarebbe colui il quale andando a stipulare un contratto, per scopi estranei alla sua attività professionale, usufruisca di un servizio pubblico.

¹⁴⁹ Testo integrale art. 101 cod. cons. : «Lo Stato e le regioni, nell'ambito delle rispettive competenze, garantiscono i diritti degli utenti dei servizi pubblici attraverso la corretta e concreta attuazione dei principi e dei criteri della normativa presente in materia.

Il rapporto di utenza deve svolgersi nel rispetto di standard di qualità predeterminati e adeguatamente resi pubblici.

Agli utenti è garantita, attraverso forme rappresentative, la partecipazione alle procedure di definizione e di valutazione degli standard di qualità previsti dalla legge.

La legge stabilisce per determinati enti erogatori di servizi pubblici l'obbligo di adottare, attraverso specifici meccanismi di attuazione diversificati in relazione ai settori, apposite carte di servizi.».

La disciplina consumeristica prevede come presupposto soggettivo per la sua applicazione la necessaria presenza di un consumatore e di un professionista in un qualsiasi tipo di situazione essi si possano trovare, anche fosse solo un semplice e casuale contatto fra i due.

Una tale applicazione risulta come altamente pratica e adatta per garantire la tutela di una tale categoria di soggetti in quanto si prescinde da un qualsiasi altro tipo di requisito essendo bastevole e sufficiente la sola presenza di due soggetti appartenenti alle due categorie in questione.

Con tale scelta si è sostanzialmente deciso di andare a tutelare una categoria di soggetti meramente per la loro naturale posizione di debolezza¹⁵⁰, prescindendo da un danno, un pregiudizio o un comportamento scorretto nei loro confronti.

Data questa determinata situazione risulta chiaro come acquisti necessariamente un'importanza fondamentale e centrale la definizione di "consumatore". Ed è per questo motivo che il codice del consumo fin dai suoi primi articoli inizia a elencare e formulare definizioni di varia natura.

All'interno della legge n. 206 del 2005 sono presenti ben 3 definizioni differenti di consumatore, ognuna delle quali lo riguarda in una particolare veste.

Per la prima volta un tale soggetto viene definito all'articolo 3, lett. a)¹⁵¹. In tale norma il consumatore viene definito come soggetto attivo all'interno di un rapporto commerciale ma, per

¹⁵⁰ A riguardo al massimo qualche dubbio su di una sua miglior formulazione potrebbe essere avanzato per la mancata previsione dell'applicazione di una disciplina analoga al professionista che si ritrovi anch'esso, per ragioni di varia natura, a ricoprire una posizione di debolezza rispetto ad un altro soggetto appartenente alla sua stessa categoria. A maggior ragione per aver ricompreso anche le microimprese all'interno dei soggetti a cui si applica il codice del consumo, ma non è questa la sede per andare a compiere un'analisi del genere.

¹⁵¹ Testo integrale art. 3 cod. cons. :«Ai fini del presente codice ove non diversamente previsto, si intende per:

a) consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta;

b) associazioni dei consumatori e degli utenti: le formazioni sociali che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori o degli utenti;

c) professionista: la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario;

d) produttore: fatto salvo quanto stabilito nell'articolo 103, comma 1, lettera d), e nell'articolo 115, comma 2-bis, il fabbricante del bene o il fornitore del servizio, o un suo intermediario, nonché l'importatore del bene o del servizio nel territorio dell'Unione europea o qualsiasi altra persona fisica o giuridica che si presenta come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo;

e) prodotto: fatto salvo quanto stabilito nell'articolo 18, comma 1, lettera c), e nell'articolo 115, comma 1, qualsiasi prodotto destinato al consumatore, anche nel quadro di una prestazione di servizi, o suscettibile, in condizioni ragionevolmente prevedibili, di essere utilizzato dal consumatore, anche se non a lui destinato, fornito o reso disponibile

quanto tale norma sia stata astrattamente concepita come di valore generale, a ben vedere, una tale disposizione ha il limite di riguardare solo la veste di consumatore in quanto parte stipulante un contratto, in qualche modo limitando la sua figura.

Vi possono essere infatti situazioni in grado di creare un pregiudizio al consumatore indipendentemente dalla presenza di un contratto, per tale motivo al successivo articolo 5 lett. a)¹⁵² ne rinveniamo un'ulteriore definizione.

Tale norma, fatto salvo il disposto del precedente articolo 3 stabilisce infatti che si considera consumatore qualunque persona fisica che sia soggetta ad informazioni commerciali. Detta norma va quindi a delineare la figura del consumatore come soggetto passivo, ossia come colui che semplicemente subisce, a volte senza neanche volerlo o saperlo, determinate informazioni commerciali.

Con una tale disposizione risulta quindi evidente come il codice del consumo si preoccupi quindi di andare a tutelare determinati soggetti deboli in diverse fasi o situazioni in cui essi si possano trovare, prescindendo da un rapporto contrattuale e per il solo fatto di avere minori capacità decisionali di altri soggetti in virtù della differenza conoscitiva e delle maggiori difficoltà nel reperirla.

L'ultimo articolo all'interno della disciplina consumeristica è l'articolo 18¹⁵³.

a titolo oneroso o gratuito nell'ambito di un'attività commerciale, indipendentemente dal fatto che sia nuovo, usato o rimesso a nuovo; tale definizione non si applica ai prodotti usati, forniti come pezzi d'antiquariato, o come prodotti da riparare o da rimettere a nuovo prima dell'utilizzazione, purché il fornitore ne informi per iscritto la persona cui fornisce il prodotto;

f) codice: il presente decreto legislativo di riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori.».

¹⁵² Testo integrale art. 5 cod. cons. : «Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 3, comma 1, lettera a), ai fini del presente titolo, si intende per consumatore o utente anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali.

Sicurezza, composizione e qualità dei prodotti e dei servizi costituiscono contenuto essenziale degli obblighi informativi.

Le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore.».

¹⁵³ Testo parziale art. 18 cod. cons. : «Ai fini del presente titolo, si intende per:

a) "consumatore": qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale;

Tale ultima norma, seppur lievemente differente rispetto alla lettera a) dell'art. 3, risulta definire il consumatore sempre come soggetto attivo ma in relazione a determinate pratiche commerciali, in quanto deriva dall'attuazione della direttiva CE n. 29 del 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprenditori e consumatori nel mercato interno.

Dalle disposizioni ora esaminate emerge quindi un quadro di tutela del consumatore che non si limita alla protezione nella sua sola veste di parte contraente di un rapporto contrattuale ma che si estende anche ad altre situazioni e ad altri possibili connessioni e legami intercorrenti fra lui e un qualsiasi professionista¹⁵⁴.

Si è infatti partiti dalla consapevolezza che vi siano anche altre occasioni al di fuori di quella prettamente contrattuale dove i due soggetti possano entrare in contatto e che meritino quindi di essere esaminate e trattate per riuscire a garantire la tutela del consumatore in quanto soggetto debole.

L'attenzione deve spostarsi quindi in una fase precontrattuale, post contrattuale o addirittura in una situazione completamente avulsa da un qualsivoglia tipo di contratto.

Una tale impostazione può essere ricavata e supportata anche dalla formulazione dello stesso codice del consumo. Esso infatti dopo aver enunciato le finalità alla quale è diretta la normativa, averne elencato i diritti fondamentali ed averne definito i concetti cardine, procede nell'organizzazione delle disposizioni successive seguendo l'*iter* del processo di consumo.

Seguendo la sequenza temporale del rapporto consumeristico, il codice del consumo va infatti a definire, nel loro corretto ordine, le sue tre fasi fondamentali, ossia la persuasione, la negoziazione e la fruizione¹⁵⁵.

La fase di persuasione è intesa come tutti quei momenti che sono precedenti al momento di inizio delle trattative contrattuali e che, solitamente, sono anche avulse dallo stesso contratto. L'obbiettivo di tali disposizioni è di cercare di andare ad evitare che alcuni comportamenti messi in atto o alcuni strumenti utilizzati dai professionisti portino ad orientare ingiustificatamente e a falsare le future scelte dei consumatori, ossia a fargli prendere decisioni che altrimenti non avrebbe preso o

b) "professionista": qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista;».

¹⁵⁴ A tal riguardo ci sembra quindi utile accennare alla definizione che il cod. cons. dà alla categoria di professionista. Essa è presente nel già citato art. 3 del cod. cons., specificatamente alla lettera c), che recita: «professionista: la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario;».

¹⁵⁵ GHIDINI - CERSANI, in *Enciclopedia del diritto*, voce *tutela del consumatore*, V, Milano, 2001, pag. 264 e ss..

ad assumere decisioni dal contenuto qualitativamente inferiore rispetto a quanto avrebbe potuto prendere se non fosse stato sottoposto a tali pratiche.

Per tali ragioni nel codice del consumo sono vietate le pratiche commerciali scorrette, ingannevoli e aggressive, ricomprendendo al loro interno anche la pubblicità e la generalità delle comunicazioni commerciali¹⁵⁶. E ciò al fine di garantire la correttezza del mercato e la libertà completa della propria autodeterminazione contrattuale.

Per quel che riguarda la fase della negoziazione sono dettate determinate disposizioni avente carattere generale, come potrebbero essere la nullità di protezione e le clausole vessatorie, nonché norme specifiche e peculiari determinate appositamente per taluni settori della disciplina consumeristica. Tutte queste disposizioni sono create e hanno il fine ultimo, oltre a quello di garantire la libera concorrenza del mercato e la trasparenza contrattuale, quello di mirare al riequilibrio delle posizioni delle parti nella negoziazione attraverso il rafforzamento della posizione consumeristica.

L'ultima fase prevista è quella successiva alla stipulazione di un contratto consumeristico, ossia quella che va a riguardare le modalità di attuazione concreta delle disposizioni contrattuali.

Ci si riferisce ovviamente alla fase della "fruizione" dove in linea generale si mira ad ottenere la corrispondenza fra quanto compiuto dal professionista in attuazione del contratto e quanto da lui promesso nelle norme che lo costituiscono, nonché, degli standard qualitativi.

Risultano inoltre molto importanti per questa fase le disposizioni riguardanti i vari obblighi attuativi che potrebbero scaturire da un rapporto contrattuale.

Negli ultimi anni si è infatti visto il proliferare di vari obblighi accessori che sorgono in un momento successivo a quello in cui il contratto è stato concluso. Si possono citare ad esempio la consegna, l'installazione¹⁵⁷, la manutenzione e infine la riconsegna di alcuni prodotti.

Un discorso a parte merita poi il diritto di recesso consumeristico. Nella disciplina del codice del consumo è stato infatti inserita la possibilità, che alcuni autori della dottrina considerano come dilagante¹⁵⁸, di recedere unilateralmente da alcune tipologie di contratti, precedentemente stipulati.

Se, fin qui, nulla sembra variare rispetto ad analogo istituto presente in determinati di contratti della disciplina civilistica¹⁵⁹, vi sono però alcune sue peculiari caratteristiche che possano far arrivare

¹⁵⁶ FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. contr.*, 2011.

¹⁵⁷ Così come previsto dal quinto comma dell'art. 129 del cod. cons..

¹⁵⁸ ROPPO, *Il contratto del duemila*, op. cit., pag. 68

¹⁵⁹ Al riguardo si possono fare diversi esempi di tipologie differenti di recesso: recesso in favore del committente nell'appalto, art. 1671 c. c.; recesso del committente nel trasporto di cose, art. 1685 c.c.; reccesi del committente nella commissione e del mittente nella spedizione, art. 1734 c.c..

a pensare che esso diminuisca, se non addirittura mini, la forza di legge derivante, ex articolo 1372¹⁶⁰ del Codice civile, dall'accordo fra le parti.

Una tale affermazione risulta spiegata dalle sue accennate particolari caratteristiche. Esso è infatti discrezionale, unilaterale e gratuito, ciò significa che detto *ius poenitendi* può essere esercitato dal solo consumatore, senza pagare nessun tipo di penale o indennizzo di alcuna sorta e senza il bisogno di un giustificato motivo né, in realtà, di motivazione alcuna, essendo a tal riguardo bastevole la semplice riponderazione della scelta compiuta.

Da tali elementi si può comprendere l'elevato interesse che ha avuto il legislatore consumeristico per un elevato livello di tutela, tanto da permettere «*al consumatore di sciogliersi dal vincolo contrattuale per un mero ripensamento soggettivo*»¹⁶¹, ritenendo opportuno «*in una logica di speciale protezione della parte, consentire a questa di cambiare idea rispetto ad un contratto già concluso, di pentirsene e di tradurre questo pentimento in un atto capace di liberarla dal vincolo non più gradito*»¹⁶².

Di tutti gli elementi sopracitati è forse quello della gratuità ad essere maggiormente dirompente e a far distaccare detta tipologia dalla sua omonima fattispecie civilistica, infliggendo «*al vincolo contrattuale un colpo molto più duro di quello portato da un recesso immotivato ma oneroso*»¹⁶³.

L'effettività della tutela del consumatore attraverso questo diritto di recesso risulta, inoltre, essere garantita da altre prescrizioni. Una di queste potrebbe essere l'articolo 75¹⁶⁴ del codice del consumo, il quale stabilisce il divieto, prima della scadenza del diritto di recesso, per il professionista di ricevere in acconto da parte del consumatore un qualsiasi tipo di versamento. Un'altra ancora quella

¹⁶⁰ Testo integrale art. 1372 C. c. : «Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge.

Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge»

¹⁶¹ CATRICALÀ – PIGNALOSA, *Manuale del diritto*, op. cit., pag. 110.

¹⁶² ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Di dir. priv.* A cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, pag. 553.

¹⁶³ ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica, Zatti*, op. cit., pag. 554.

¹⁶⁴ Testo integrale art. 75 cod. cons. : «Per i contratti di multiproprietà, relativi a prodotti per le vacanze di lungo termine e di scambio è vietato qualunque versamento di danaro a titolo di acconto, prestazione di garanzie, l'accantonamento di denaro sotto forma di deposito bancario, il riconoscimento esplicito di debito od ogni altro onere da parte di un consumatore a favore dell'operatore o di un terzo prima della fine del periodo di recesso in conformità dell'articolo 73.

Per i contratti di rivendita è vietata qualunque forma di versamento di denaro a titolo di acconto, prestazione di garanzie, l'accantonamento di denaro sotto forma di deposito bancario, il riconoscimento esplicito del debito od ogni altro onere da parte di un consumatore a favore dell'operatore o di un terzo prima che la vendita abbia effettivamente luogo o che sia posta fine in altro modo al contratto di rivendita.».

che prescriva la necessità del dovere di documentazione, per iscritto o su altro supporto durevole, da parte del professionista verso il consumatore, di averlo informato della sua facoltà di recesso.

Per queste sue qualità un tale diritto è stato in vario modo chiamato dalla dottrina. C'è chi lo ha considerato come un "recesso penitenziale"¹⁶⁵, chi l'ha pensato come un "recesso di protezione"¹⁶⁶ e chi invece lo ha descritto come un "recesso di pentimento"¹⁶⁷.

Così come delineato il diritto di recesso sembrerebbe assomigliare quasi ad un mezzo, concesso dal legislatore ai privati, per garantire, in autotutela, l'effettività dei propri diritti.

Se infatti il legislatore comunitario, in prima battuta, stabilisce determinati diritti per il consumatore in ambito contrattuale in virtù della sua posizione soggettiva di debolezza rispetto alla controparte (e lo *ius poenitendi* è sicuramente uno di questi) in un secondo momento riesce a farlo diventare un meccanismo pratico ed effettivo di garanzia per la tutela dei suoi altri diritti fondamentali, come ad esempio quello di non essere costretto a sopportare le inique conseguenze di una determinazione contrattuale stipulata solo in quanto le circostanze e le sue conoscenze non permettessero un'adeguata ponderazione della scelta.

È evidente in questo caso la visione paternalistica che il legislatore ha avuto nei confronti della categoria dei consumatori: avendoli visti troppo a lungo in balia dei soprusi e dei comportamenti scorretti tenuti dai professionisti in loro danno nella vasta e distesa pianura del mercato, non solo gli ha fornito alte e sicure mura dove potersi sentire protetti, ha inoltre consegnato ad ognuno uno scudo per difendersi singolarmente in maniera diretta da detti soprusi.

L'attenzione dimostrata da parte della disciplina consumeristica verso i vari momenti della vita dei beni di consumo, riversata puntualmente nelle norme consumeristiche, mette inoltre in risalto come vi sia una generale tendenza della normativa a cercare di abbracciare la totalità delle fattispecie che potrebbero in concreto verificarsi. Così facendo, infatti, la figura del consumatore viene salvaguardata a trecentosessanta gradi in modo da tutelarla in maniera effettiva e completa.

Oltre a queste disposizioni che, per certi aspetti, sono avulse dalla fase prettamente contrattuale della negoziazione, vi sono ulteriori disposizioni, che mirano a garantire un elevato ed effettivo livello di tutela consumeristica, aventi una portata generale e trasversale a tutta l'intera disciplina.

Si è infatti cercato di creare una serie di norme che potessero essere utilizzate per rendere effettiva l'intera parte restante della disciplina consumeristica; delle norme, quindi, che per il loro contenuto e per il loro collegamento trasversale con tutta la disciplina potessero aiutare il

¹⁶⁵ GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, pag. 11.

¹⁶⁶ DE NOVA, voce *Regresso*, in *Dig. Disc. Priv.* XVI, Torino, 1997, pag. 314.

¹⁶⁷ ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica*, Zatti, op. cit..

funzionamento della tutela consumeristica. Ci si riferisce a quelle norme concernenti le informazioni che devono essere fornite al consumatore e la sua educazione a tal riguardo.

I diritti ad un'adeguata informazione e all'educazione sono espressi per la prima volta nel codice del consumo all'articolo 2¹⁶⁸, il quale, essendo denominato «*diritti dei consumatori*», viene considerato da vari membri della dottrina come il “manifesto” dei diritti di tale categoria di soggetti ed infatti al suo interno sono contenuti alcuni dei diritti fondamentali dell'intera disciplina consumeristica.

Entrambe le nozioni sono pensate e rese per eliminare o quanto meno ridurre la posizioni di disparità e di squilibrio delle informazioni intercorrenti nei rapporti fra il professionista, quale soggetto forte, e il consumatore, considerato soggetto debole.

Partendo dal primo, dal diritto all'informazione, si può subito comprendere la sua importanza e rilevanza pratica.

Nel mercato attuale dove sono presenti e offerti le più varie tipologie di prodotti, di beni e di servizi, è evidente che vi possano essere situazioni dove un consumatore non conosca qualche aspetto o caratteristica di cosa sta comprando, non ne comprenda il funzionamento o i meccanismi, non ne ravveda i rischi o i limiti o che addirittura non sappia assolutamente nulla di ciò che si trovi di fronte a sé.

In una tale contesto la possibilità che il professionista si avvantaggi, almeno indirettamente, di una tale situazione sono abbastanza elevate¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Testo integrale art. 2 cod. cons. : «Sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni.

2. Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti:

- a) alla tutela della salute;
- b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi;
- c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità;
- d) all'educazione al consumo;
- e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali;
- f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti;
- g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza.».

¹⁶⁹ In alcuni casi infatti quest'ultimo non dovrebbe neanche porre in essere comportamenti positivi volti a raggirare il soggetto debole, essendo assolutamente sufficiente beneficiarsi della poca dimestichezza avuta dal consumatore verso questo o quel particolare settore. Gli sarebbe quindi bastevole semplicemente glissare gli argomenti a lui non propriamente

Per tali ragioni è intervenuto il legislatore consumeristico e lo ha fatto capovolgendo la situazione precedentemente previgente.

Nella disciplina applicata in precedenza infatti era sul consumatore che incombeva l'onere di informarsi adeguatamente prima di una determinazione contrattuale, mentre in quella attuale grava sul professionista l'obbligo di fornire le informazioni rilevanti per il consumatore in base alla tipologia di bene o servizio offerto e, a tal riguardo, si deve rilevare che un tale obbligo non consista nella semplice messa a disposizione delle informazioni, nella loro accessibilità, quanto più nell'obbligo positivo per l'operatore professionale di rendere, in maniera chiara e comprensibile, direttamente fruibili tutte le informazioni richieste e necessarie per far sì che la scelta del soggetto consumeristico sia espressa con ponderazione e cognizione di causa¹⁷⁰.

Come alcune delle norme trattate in precedenza all'interno di questo elaborato e di molte altre disposizioni della disciplina consumeristica, il diritto dell'informazione - come già accennato - non riguarda solamente la fase contrattuale della stipulazione ma va ad includere anche quella successiva della sua attuazione e quella precedenti delle trattative, spingendosi anzi anche oltre.

Come infatti chiarito dal paragrafo 6 della *Relazione* al codice del consumo il diritto all'informazione, così come anche quello all'educazione, riguarderebbero già la fase della semplice sollecitazione all'acquisto, ossia quella fase anteriore alla precontrattuale, «*prima ancora che il contratto diventi un'ipotesi plausibile*»¹⁷¹.

A supporto della trasversalità e della completezza della normativa va evidenziato che, accanto alle ipotesi di informazione generale espresse per tutta la disciplina consumeristica, sono previste disposizioni specifiche in relazione al tipo di settore in cui si opera, alla peculiare determinazione contrattuale utilizzata o alle particolari tecniche utilizzate per la stipulazione del contratto.

Il già citato articolo 5 del codice del consumo al secondo comma prevede il “contenuto essenziale” delle informazioni, il quale ricomprende la sicurezza del prodotto o servizio, la sua composizione e la qualità. L'articolo 6¹⁷², più specificatamente prevede il contenuto minimo delle

favorevoli per ottenere una determinazione inconsapevole della sua controparte, in virtù proprio della posizione di asimmetria informativa in cui le parti si trovano.

¹⁷⁰ ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, pag. 349 e ss..

¹⁷¹ GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, pag. 556.

¹⁷² Testo integrale art. 6 cod. cons.: «I prodotti o le confezioni dei prodotti destinati al consumatore, commercializzati sul territorio nazionale, riportano, chiaramente visibili e leggibili, almeno le indicazioni relative: a) alla denominazione legale o merceologica del prodotto;

informazioni, mentre il 7¹⁷³ stabilisce le possibili modalità con cui le informazioni debbano essere portate a conoscenza.

Dal combinato disposto dei secondi commi degli articoli 5 e 52 del codice del consumo si evince la forma che l'informazione deve possedere per potersi dire di averla eseguita correttamente. Essa deve infatti risultare in forma scritta e deve essere espressa in modo da renderla chiara e comprensibile per i consumatori.

L'obbligo della forma scritta assieme alla resa chiara e comprensibile delle informazioni hanno fatto propendere una parte della dottrina verso l'ipotesi della creazione di una nuova modalità di forma da aggiungersi a quella *ab substantiam* e *ad probationem*, la forma *ad informationem*.

Tale, presunta, nuova forma, anche chiamata "forma di protezione" o ipotesi di "neoformalismo negoziale", avrebbe la caratteristica di innalzare la forma delle informazioni ad elemento necessario ai fini della stipulazione del contratto e a posizionare tale forma a metà fra quella *ab substantiam* e *ad probationem*. Seguendo infatti i principi della disciplina consumeristica ci si può rendere conto come la mancanza della forma scritta o della sua resa difforme dalle modalità prescritte dalle norme, possa essere causa di nullità, secondo la disciplina consumeristica della "nullità di protezione", della determinazione contrattuale e che invece la loro presenza possa essere la prova della corretta contrattazione e informazione avvenuta fra consumatore e professionista.

C'è infatti chi è arrivato a dire che «*la forma scritta rappresenta un veicolo di trasmissione e consultazione delle informazioni inserendosi così fra gli strumenti di tutela del consumatore*»¹⁷⁴, mentre secondo qualcun altro il requisito della forma scritta sarebbe così importante da poter rendere inutile la presenza della sottoscrizione del professionista sul contratto, poiché essa sarebbe ricavabile

b) al nome o ragione sociale o marchio e alla sede legale del produttore o di un importatore stabilito nell'Unione europea;

c) al Paese di origine se situato fuori dell'Unione europea;

d) all'eventuale presenza di materiali o sostanze che possono arrecare danno all'uomo, alle cose o all'ambiente;

e) ai materiali impiegati ed ai metodi di lavorazione ove questi siano determinanti per la qualità o le caratteristiche merceologiche del prodotto;

f) alle istruzioni, alle eventuali precauzioni e alla destinazione d'uso, ove utili ai fini di fruizione e sicurezza del prodotto.».

¹⁷³ Testo integrale art. 7 cod. cons. : «Le indicazioni di cui all'articolo 6 devono figurare sulle confezioni o sulle etichette dei prodotti nel momento in cui sono posti in vendita al consumatore. Le indicazioni di cui al comma 1, lettera f), dell'articolo 6 possono essere riportate, anziché' sulle confezioni o sulle etichette dei prodotti, su altra documentazione illustrativa che viene fornita in accompagnamento dei prodotti stessi.».

¹⁷⁴ CATRICALÀ – PIGNALOSA, *Manuale del diritto*, op. cit., pag. 43.

dai comportamenti concludenti posti concretamente in essere dal professionista, come la predisposizione del contratto, la sua consegna al consumatore e la successiva esecuzione, così che «*la componente informativa escluderebbe la necessità della sottoscrizione*»¹⁷⁵ da parte del professionista.

In una tale prospettiva le prescrizioni di forma hanno sì un elevato valore per la circolazione dei diritti, ma in realtà il loro reale obiettivo risulta essere di «*presidiare la trasparenza contrattuale*»¹⁷⁶ e ciò sempre nell'ottica di una tutela elevata ed effettiva del consumatore.

Come si è appena visto la disciplina delle informazioni consumeristiche risulta estremamente articolata e ben strutturata, si riesce a vedere e quasi a percepire la tendenza paternalistica che ha avuto il legislatore nel creare un tipo di tutela che fosse assolutamente concreta ed elevata per l'intera categoria dei consumatori.

Purtroppo, però, alcune volte, per quanto le intenzioni da cui si sono prese le mosse fossero positive, così come adeguata risulterebbe la loro realizzazione attraverso le singole disposizioni normative, ciò potrebbe non essere abbastanza. Vi potrebbe infatti essere la situazione in cui nonostante l'informazione sia stata congruamente strutturata e formulata essa non risulti effettiva per il livello di difficoltà delle nozioni in essa contenute e per la particolare complessità del particolare settore cui esse riguardano.

Si faccia ad esempio il caso del settore degli investimenti bancari: anche in tale disciplina sono presenti numerose norme riguardanti la corretta informazione da fornire al soggetto investitore in tutte le varie fasi del rapporto d'investimento. Nonostante ciò però esse potrebbero risultare inutili in quanto l'investitore non sia minimamente avvezzo a qualsiasi aspetto dell'intera materia.

In linea generale, ci si chiede quindi cosa ne possa essere dell'effettività della tutela garantita da tutte le discipline informative se poi in concreto esse non riescano ad assolvere il compito per la quale sono state di fatto create, ossia permettere l'eliminazione della situazione di squilibrio informativo e della posizione di debolezza in cui si trova il soggetto consumeristico, così da garantirgli un'adeguata ponderazione nelle sue determinazioni contrattuali.

In altre parole, bisogna domandarsi quale sia il livello di effettività e della realizzazione delle norme sull'informazione qualora esse riguardino ambiti e nozioni che fuoriescano dalle normali conoscenze del consumatore medio, così da non lasciare che tali disposizioni rimangano lettera morta

¹⁷⁵ GALIA, *La forma scritta nei contratti d'investimento: la decisione delle sezioni unite*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, fascicolo 4, 1 dicembre 2018, pag. 1595.

¹⁷⁶ ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015, pag. 340.

e che magari contribuiscano anche ad aumentare la confusione del consumatore, ossia che diventino esse stesse il nemico per la quale erano state create e che avevano l'obbligo di sconfiggere.

Fortunatamente il legislatore comunitario, sulla base dell'esperienza fattuale, è intervenuto per garantire la tutela del consumatore e per rendere effettiva l'informazione che gli viene resa attraverso le disposizioni della disciplina consumeristica.

Per tale ordine di motivi, come accennato in precedenza, egli ha quindi predisposto un altro diritto fondamentale: il diritto all'educazione¹⁷⁷. Si è partiti infatti dall'assunto che se l'informazione potesse non risultare adeguata poiché non realmente e compiutamente compresa, essa potrebbe arrivare comunque a spiegare efficacemente i suoi effetti qualora venisse accuratamente e adeguatamente spiegata e resa fruibile per la categoria consumeristica.

Un tale diritto, oltre ad essere affermato come fondamentale nel già citato articolo 2 cod. cons., è contenuto ed esplicito nell'articolo 4¹⁷⁸ della disciplina consumeristica, denominato appunto "Educazione del consumatore".

L'educazione di cui tratta detto articolo può avere, per chi scrive, due dimensioni.

La prima, più pratica, riguardante la presa di conoscenza di tutti quegli aspetti maggiormente complicati e tecnici delle discipline legislative, con questa si cerca cioè di far comprendere al consumatore quanto gli viene fornito e detto attraverso la disciplina informativa. Essa *«mira a fornire gli strumenti necessari per comprendere le notizie offerte dai professionisti ed evita così il rischio che si trasformino in una mera elencazione di dati indecifrabili»*¹⁷⁹ si caratterizza quindi per un approccio critico alle nozioni e ai dati che sono offerti ai consumatori dalle informative obbligatorie per permettergli di farle proprie, comprendere e trasformarle in conoscenza¹⁸⁰.

Nella seconda dimensione, quella più teorica, il diritto all'educazione mira a far prendere consapevolezza ai consumatori dei loro diritti, delle varie possibilità e delle loro astratte tutele, ossia

¹⁷⁷ Per alcuni riferimenti sul tema CATRICALÀ – PIGNALOSA, *Manuale del diritto*, op. cit.; ROSSI CARLEO, *Commento all'art. 4. Educazione del consumatore*, in Commentario al codice del consumo a cura di Alpa e Rossi Carleo.

¹⁷⁸ Testo integrale art. 4. cod. cons.: «L'educazione dei consumatori e degli utenti è orientata a favorire la consapevolezza dei loro diritti e interessi, lo sviluppo dei rapporti associativi, la partecipazione ai procedimenti amministrativi, nonché la rappresentanza negli organismi esponenziali.

Le attività destinate all'educazione dei consumatori, svolte da soggetti pubblici o privati, non hanno finalità promozionale, sono dirette ad esplicitare le caratteristiche di beni e servizi e a rendere chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti alla loro scelta; prendono, inoltre, in particolare considerazione le categorie di consumatori maggiormente vulnerabili.».

¹⁷⁹ CATRICALÀ – PIGNALOSA, *Manuale del diritto*, op. cit. pag. 39.

¹⁸⁰ ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione*, op. cit. pag. 349 e ss..

di quanto è in loro potere per provare a non sottostare alla situazione derivante dalla diversità delle informazioni possedute, o, quanto meno, a ridurla il più possibile.

Questa ultima dimensione risulta essere valida e intende valorizzare la posizione del consumatore sia nella sua dimensione individuale che in quella associativa, sia, da ultimo, nella rappresentazione ricevuta attraverso gli organismi esponenziali rappresentativi della categoria.

Da una tale disciplina risulta chiaro come il legislatore abbia optato a più riprese e seguendo strade diversificate per la scelta di garantire ai consumatori dei diritti, degli strumenti per renderli chiari e integralmente conoscibili e diversi meccanismi di tutela se essi risultino violati.

Si può dunque affermare quindi che è proprio il diritto all'informazione a rendere effettiva la platea dei diritti sostanziali concessi dalla tutela consumeristica, nonché effettivo il diritto all'informazione. In tal modo, la tutela consumeristica è garantita su più livelli, così come la sua effettività.

La difficile e problematica domanda che bisognerebbe allora porsi è se tali meccanismi risultino poi davvero in grado di dispiegare i propri effetti in maniera efficace e se quindi adempiano concretamente e congruamente agli obiettivi per cui sono stati preposti.

L'interrogativo in questo caso risulta difficile e problematico non tanto perché esso sia arduo da circoscrivere, quanto per la tipologia stessa della risposta. La sua soluzione infatti, secondo un'attenta analisi della realtà sociale in cui viviamo, è da considerarsi a metà strada tra un responso negativo e uno positivo, secondo una metafora cromatica, uno delle tante sfumature della nostra esistenza, l'ennesimo grigio. Informazione e educazione al nostro tempo svolgono infatti teoricamente un ruolo fondamentale nella nostra società e, senza dubbio, molto hanno fatto in essa, contribuendo a più riprese nella salvaguardia dei soggetti deboli.

Se, come è, risulta corretta questa affermazione è altrettanto vero che la loro pratica realizzazione formale risulta essa stessa frustrare lo scopo per cui questi diritti siano stati creati. Infatti, nonostante sia presente l'obbligo di rendere tutti questi diritti in forma scritta e in maniera "chiara e comprensibile", nella pratica si assiste a informative infinitamente lunghe, tanto che risulta sfidante per chiunque arrivarne alla fine, anche solo da un punto di vista temporale. Esse infatti risultano spesso essere formulate con periodi astrusi e complessi, al cui interno sono generalmente contenuti rimandi e numerosi termini che, seppur dati per scontati e conosciuti, la loro effettiva nozione risulta preclusa alla maggioranza dei soggetti.

Ancora una volta quindi, le belle e buone affermazioni teoriche risultano distanti dalla prassi offerta dalla realtà fattuale e, ancora una volta, il quadro delineato risulta essere solo un vago scarabocchio della giusta opera d'arte che la legge potrebbe e dovrebbe essere.

4. L'effettività della tutela processuale.

A seguito dell'analisi effettuata su alcune norme di diritto sostanziale della disciplina consumeristica, le quali, in vario modo, riguardano l'approccio paternalistico tenuto dal legislatore (comunitario prima e nazionale poi) rispetto all'effettività della normativa stabilita dal codice del consumo, si deve ora andare ad analizzare le disposizioni previste per la tutela giurisdizionale.

Nel complesso di norme che riguardano la tutela processuale dei consumatori sono infatti presenti, allo stesso modo della normativa sostanziale, sia le diversità dovute dalla particolare figura al centro del codice del consumo, sia dell'approccio protettivo tenuto nei confronti della categoria dei consumatori.

Preliminarmente si può dire che esiste una distinzione fra le due tipologie di tutele processuali previste per i soggetti consumeristici, ossia quella garantita a livello individuale per ciascun consumatore e quella esperibile in forma collettiva attraverso l'azione di classe.

Un'ulteriore distinzione può invece riguardare la tempistica in cui la tutela può essere esperita e sulla natura della stessa. Possono infatti essere ravvisate ipotesi diverse.

Andando ad analizzarle da un punto di vista logico-temporale la prima tipologia di tutela a poter essere utilizzata è quella preventiva inibitoria. Questa può essere azionata sia da un singolo individuo che da una pluralità di soggetti giuridici collettivi all'uopo costituiti; inoltre, può essere richiesta sia all'organo giudiziario amministrativo che all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'AGCOM. Detta autorità indipendente risulta avere lo scopo, fra i tanti che le sono stati attribuiti e che le competono, di provare ad eliminare il comportamento, di qualsivoglia tipo, tenuto da un professionista prima che sia in grado di provocare dei danni alla categoria dei soggetti consumeristici.

In questo caso quindi un qualsiasi soggetto che ne abbia interesse, facendosi portavoce degli interessi generali di una pluralità di individui, può chiedere di inibire e sospendere la reiterazione, da parte del professionista, di determinati atti o comportamenti.

L'autorità garante infatti, la quale può agire anche *ex officio*, è dotata sia di poteri cautelari nei casi particolare urgenza, in quanto può disporre la sospensione di una certa pratica, sia di poteri inibitori, in quanto può porre il divieto alla diffusione di un comportamento o, se esso è già stato messo in atto, può vietare la sua reiterazione e continuazione.

In tali casi e a spese del professionista l'*Antitrust* può anche disporre la pubblicazione di una dichiarazione di rettifica, la quale deve seguire il principio di proporzionalità¹⁸¹, in modo da diffondere fra i consumatori la notizia del precedente comportamento scorretto e di conseguenza impedire che esso possa continuare a produrre effetti.

In un secondo momento troviamo invece la tutela successiva eliminatorio-risarcitoria. Anch'essa può essere esperita sia da singoli che da gruppi organizzati di consumatori e mira ad ottenere, oltre all'eliminazione dell'illecito di matrice consumeristica, anche il risarcimento di tutti quei soggetti che si sono visti produrre un danno dal comportamento tenuto dal professionista.

Vista la presenza di questi due autonomi e complementari meccanismi di tutela giurisdizionale sono stati previsti alcuni profili processuali di raccordo tra il procedimento amministrativo di fronte all'Autorità Garante e quello proposto davanti al giudice ordinario.

Viene infatti disposto che la pronuncia emessa dall'*Antitrust* possa essere prodotta in sede giurisdizionale di cognizione civile, ma che essa non esoneri l'attore dalla dimostrazione dell'illecito civile. Detto provvedimento offre la possibilità di agevolare la prova del comportamento scorretto offrendo al consumatore una presunzione "forte" riguardo l'ingiustizia del danno, la colpevolezza e il nesso eziologico fra condotta e danno¹⁸², ma non lo esonera dal provarne l'esistenza, né tanto meno impedisce al professionista di fornire prove contrarie rispetto a quanto accertato nel procedimento amministrativo¹⁸³.

È inoltre stabilito che il giudice civile possa differire la pronuncia in sede di cognizione dell'ammissibilità della domanda quando sul medesimo oggetto sia in corso un'istruttoria davanti ad una delle autorità indipendenti. Ciò si spiega in quanto dette autorità sono dotate di penetranti poteri investigativi, avvalendosi anche di uno *staff* tecnico altamente qualificato¹⁸⁴.

Questi due tipi di tutela hanno visto nel tempo subire numerose variazioni nei loro rapporti a causa dei differenti interventi legislativi che si sono susseguiti negli ultimi anni in campo consumeristico.

Prima dell'entrata in vigore dell'azione di classe, l'unica modalità concreta garantita al consumatore per tutelarsi su eventuali danni prodotti da un professionista era appunto costituita dalla

¹⁸¹ Cons. Stato, 21 luglio 2003, n. 4211 : La pubblicazione della dichiarazione di rettifica deve avvenire con lo stesso mezzo che è stato utilizzato dal comportamento scorretto o illecito.

¹⁸² Cass. Sez. U., 15 gennaio 2009, n. 794.

¹⁸³ ZIMATORE, *Osservazioni sistematiche sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Milano, 2011, pag. 587.

¹⁸⁴ CATRICALÀ – PIGNALOSA, *Manuale del diritto*, op. cit., pag. 79.

difesa successiva di tipo eliminatorio-risarcitorio, la quale poteva essere esperita solo in forma individuale.

Questo tipo di tutela però, come è evidente, è ben lontana da riuscire a garantire in maniera piena ed effettiva il consumatore potendo riguardare solo ed esclusivamente il momento in cui un danno sia stato già prodotto. Non avendo dunque la possibilità di incidere sui comportamenti dei professionisti prima che essi possano arrivare a nuocere, producendo un danno.

Oltre a quanto appena accennato vi erano però altri motivi che hanno portato ad una legiferazione sulla *class action*. Essa infatti, risulta portare con sé, attraverso la sua applicazione, numerose altre utilità pratiche.

In prima battuta si può trovare un vantaggio concreto e reale per qualsiasi ordinamento che inserisca un tale istituto al suo interno, l'azione di classe infatti può essere tranquillamente considerata come uno strumento di deflazione processuale vista la sua capacità di andare ad accorpare e a riunire in un unico procedimento giurisdizionale numerose cause aventi un oggetto simile. Questa situazione è ovviamente dovuta al fatto che tali tipi di controversie nascono tutte da un medesimo fatto o comportamento illecito tenuto da un professionista, ossia da un illecito plurioffensivo, capace di far scaturire «un numero elevato (colà anzi, spesso indefinito) di controversie seriali»¹⁸⁵.

Da un altro angolo prospettico la presenza dell'azione di classe risulta avere un ruolo chiave nei confronti degli operatori economici forti presenti nel mercato. È infatti agevole comprendere che la presenza di un tale istituto nell'ordinamento di qualsiasi stato generi anche un effetto deterrente sui comportamenti tenuti dai professionisti, in quanto essi si sentiranno in parte frenati e inibiti dal porre in essere condotte astrattamente nocive e ingiuste, in quanto suscettibili di essere punite e represses attraverso lo strumento giurisdizionale¹⁸⁶.

Un secondo e ulteriore effetto di deterrenza verso le imprese e i professionisti dal compiere attività che potrebbero portare ad una loro *vocatio* in giudizio attraverso la tutela garantita dal codice del consumo è quello derivante dal negativo effetto pubblicitario che deriverebbe dalla diffusione della notizia della promozione e dall'apertura di un giudizio, nei loro confronti, basato su un'azione di classe.

¹⁸⁵ CONSOLO – ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons., lineamenti processuali*, Padova, 2012, pag. 16.

¹⁸⁶ CONSOLO, *Class action fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, pag. 615; e, ancora TROCKER, *Il processo civile e le controversie soggettivamente complesse. Class actions negli USA – e in Europa?*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, II, Napoli, 2009, pag. 1257.

Oltre alla sua capacità dissuasiva e frenante nei confronti dei professionisti, la *class action* costituisce, vista la sua applicazione pratica, un elemento incentivante per i consumatori per la risoluzione giurisdizionale delle controversie derivate dagli illeciti seriali plurioffensivi. La possibilità di una rappresentazione formale in giudizio da parte del soggetto agente, attraverso il semplice conferimento di una procura, di tutti i consumatori appartenenti alla “classe” e quindi la mancanza dell’esigenza di una loro costituzione garantiscono una profonda funzionalità, nonché la coerenza stessa del sistema¹⁸⁷.

Un tale sistema ha inoltre il pregio di capovolgere la situazione anteriormente esistente al suo avvento, in quanto rende vantaggioso l’accesso alla giustizia per questi tipi di illeciti.

Nel sistema precedente, essendo affidata la tutela giurisdizionale ai soli singoli individui, vi era una quasi completa paralisi delle domande giurisdizionali per comportamenti seriali. Tale situazione era dovuta alla bassa utilità economica, se non addirittura totale antieconomicità, concretamente conseguibile all’esito del processo, a valle delle ingenti spese giudiziali da sostenere nell’adizione giurisdizionale autonoma. Dette spese infatti, attraverso il meccanismo consumeristico, non vengono più affrontate da ogni membro della classe, bensì solo *una tantum* dal rappresentante che, come vedremo, si è fatto portavoce degli interessi dell’intera categoria, permettendo in tal modo di ottenere un aumento della somma eventualmente riconosciuta a ciascun membro.

Per queste ragioni, nei primi anni del secondo millennio, specificatamente, alla fine del 2007, si è finalmente giunti alla costituzione di una normativa che al suo interno comprendesse anche alcune norme riguardanti un’azione collettiva.

Se la legge n. 244 del 24 dicembre del 2007 è da considerarsi il primo approdo della tutela consumeristica, il suo viaggio iniziato però alcuni anni prima, è andato avanti in un susseguirsi di interventi legislativi ed è sicuramente destinato a proseguire anche oltre in futuro.

Il lungo *iter* che ha portato all’ultimo e recente intervento sull’azione di classe prende le sue mosse negli anni Settanta dove in un ampio dibattito dottrinale si dividevano le posizioni fra chi, favorevole dei benefici che essa avrebbe potuto comportare, parteggiava per l’introduzione di un istituto derivante dalla prassi statunitense e chi invece, in un’ottica maggiormente reazionaria (per non dire retrograda) rimaneva ancorato alle vecchie prospettive del modello costituzionale di *civil law*.

¹⁸⁷ FAVA, *Class action tra efficientismo processuale, aumento di competitività di risparmio di spesa: l’esame di un contenzioso seriale concreto (le S.U. sul rapporto tra indennità di amministrazione e tredicesima)*, in *Corr. Giur.*, 2006, pag. 539.

La visione di coloro¹⁸⁸ che erano sfavorevoli all'introduzione dell'azione di classe nel sistema normativo italiano prendevano fondamentalmente le loro basi dall'articolo 24 della Costituzione, ossia proprio da quell'articolo che invece, come si è analizzato nel precedente capitolo di questa trattazione, avrebbe potuto e dovuto dargli una prospettiva meno rigida e di più ampia e omnicomprensiva visione, delle tutele astrattamente esperibili.

Il ragionamento dal quale nasceva la visione dottrinarica che parteggiava per l'esclusione dell'ammissibilità dell'azione collettiva si basava infatti sul ragionamento che la lettera della norma escludesse per chiunque la possibilità di andare a tutelare diritti e interessi legittimi appartenenti a qualcun altro¹⁸⁹, in quanto invece attraverso di essa un singolo, un'associazione o un qualsiasi altro soggetto a cui tale facoltà fosse stata concessa, avrebbe invece potuto agire per la protezione di diritti e interessi altrui, ossia quelli appartenenti ad un'intera classe di soggetti.

A questa obiezione, quale suo corollario, veniva inoltre affiancata quella basata sul ragionamento che la statuizione derivante da un procedimento di siffatta natura avrebbe avuto un'efficacia *ultra partes* del giudicato sostanziale, andando quindi inoltre a contrastare il disposto dell'articolo 2909¹⁹⁰ del Codice civile.

A seguito del superamento di queste impostazioni e del dibattito che su di esse era stato creato si arrivò nel 2003, durante la XIV legislatura, alla prima formulazione di alcuni progetti di legge, successivamente accantonati. Ci si riferisce alle due proposte, poi confluite in un testo unico, del 27 marzo, numeri 3838 e 3839. Seppur naufragate nell'iter legislativo, queste due proposte ebbero l'indubbio merito di dar inizio e di far partire il lento procedimento che avrebbe poi portato all'affermazione dell'azione di classe nel nostro ordinamento.

Come già ricordato, l'introduzione dell'istituto in esame si ebbe con alcune disposizioni della legge 244/2007 riguardante la *legge finanziaria* dell'anno successivo. Mediante i commi da 445 a 449 dell'articolo 2 di tale legge, venne infatti inserito all'interno del codice del consumo l'articolo 140- *bis*, dedicato all' "azione collettiva risarcitoria" a tutela degli "interessi collettivi" dei consumatori.

¹⁸⁸ RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale delle « class action » ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, pag. 2224; CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pag. 567.

¹⁸⁹ In una tale prospettiva si credeva infatti che il singolo potesse andare a adire la giurisdizione nazionale esclusivamente «per la tutela dei "propri" diritti e interessi legittimi».

¹⁹⁰ Testo integrale art. 2909 C. c. : «l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro redi o aventi causa.».

Tale prima visione normativa non vide purtroppo mai la luce, fu infatti inizialmente rimandata più volte la sua entrata in vigore, che originariamente era stata prevista per il primo gennaio del 2009, prima di centottanta giorni, poi di un anno, dopo ancora di diciotto mesi per giungere infine al suo totale superamento dovuto alla sua riscrittura per mano dell'articolo 49, primo comma, della legge numero 99 del 23 luglio 2009. Una tale procrastinazione convulsa e maniacale era dovuta all'orientamento di parte della dottrina che considerava il testo della nuova normativa sull'azione di classe consumeristica come il frutto di «*scelte emotive*» invece di «*scelte tecniche e sistematiche*»¹⁹¹.

Con la modifica del 2009 si è avuta una trasformazione sostanziale dell'istituto in questione, in quanto si passati dall' "azione collettiva risarcitoria" all' "azione di classe".

Un ulteriore modificazione è stata introdotta nel 2012, quando con la legge numero 27 del 24 marzo è stato riscritto il testo dell'articolo 140- *bis* del codice del consumo per rendere la sua disciplina più efficace, così come emerge dall'articolo 6 della sua *Relazione* illustrativa, coerentemente denominata «*Norme per rendere efficace l'azione di classe*».

L'ultima e davvero recente modifica è quella effettuata il 12 aprile del 2019 con la legge numero 31, rubricata «*Disposizioni in tema di azione di classe*», destinata ad entrare in vigore un anno dopo la sua promulgazione.

Le disposizioni in questione sono quindi il punto d'arrivo, attuale, di una disciplina che ha visto il suo progressivo affinarsi in virtù sia dei miglioramenti che sono stati resi evidenti dalle applicazioni dell'istituto nelle sue, diverse, forme, sia dei ragionamenti fatti dalla dottrina che, essendosi interrogata lungamente sull'azione di classe visto il suo elemento di novità all'interno del nostro ordinamento, ha prospettato diverse ipotesi di riforma possibili per il miglioramento di vari aspetti della disciplina in questione, come ad esempio l'ambito soggettivo di applicazione o le differenti fasi presenti nel procedimento giurisdizionale.

Pertanto, in seguito di trattazione saranno analizzati i diversi passaggi e le variazioni della normativa dell'azione di classe, andando ad analizzare le disposizioni nelle sue varie forme, i cambiamenti che vi sono stati, il perché degli stessi e i loro relativi effetti.

Preliminarmente però, ritengo sia necessario prospettare i lineamenti essenziali della disciplina statunitense sulla *class action* così da aver chiara la prospettiva alla quale il nostro legislatore si è ispirato nella delineazione della disciplina italiana prima del suo inserimento formale all'interno dell'ordinamento nazionale.

¹⁹¹ MINERVINI, *Commento all'art. 140 bis*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009, pag. 583.

5. La *Class action* statunitense.

La *class action* è un istituto di matrice anglosassone che vide però la luce per la prima volta in forma autonoma nella disciplina statunitense. Essa fu infatti inserita nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America con la *Rule 23*, una riforma del 1938 sull'ordinamento processuale federale.

La regolamentazione della disciplina statunitense si regge su tre differenti concetti di fondamentale importanza, ossia la legittimazione ad agire, l'ammissibilità dell'azione di classe e l'efficacia del suo giudicato.

Per quanto riguarda la prima nozione assiomatica dell'azione di classe d'oltreoceano, la legittimazione ad agire, essa è affidata astrattamente a ciascun membro della classe per quanto riguarda la promozione dell'azione. Al momento in cui essa però viene proposta essa è affidata ad uno di essi, il *class representative*, ossia di quel soggetto che ha effettivamente adito l'autorità giudiziaria, assumendo nel giudizio il ruolo di parte processuale. Sarà quindi questo soggetto e lui soltanto a poter portare avanti gli interessi generali della categoria nella sede giurisdizionale e, nel farlo, per permettergli di svolgere in maniera efficace la sua funzione, sarà affiancato dal *class counsel*, sarebbe a dire dall'avvocato ritenuto dal giudice maggiormente idoneo a svolgere questo compito nell'interesse della classe.

In un tale sistema un ruolo centrale all'interno della *class action* è svolto dall'avvocato del rappresentante di classe, il quale è spesso colui che in prima persona va a valutare sulla possibilità o meno di andare ad esperire l'azione plurisoggettiva dinnanzi all'autorità giurisdizionale. Ciò avviene perché nel sistema americano esiste un meccanismo, denominato *contingency fee*, per il quale l'avvocato s'impegna con il suo rappresentato a sostenere le spese processuali derivanti dal giudizio indipendentemente dall'esito futuro della causa.

Il ruolo centrale ricoperto dall'avvocato nel sistema americano è però anche dovuto ad un altro tipo di considerazioni. Nel modello statunitense delle azioni di classe¹⁹², nonostante esista la previsione secondo la quale il compenso legale sia sempre da attribuirsi al soggetto che abbia usufruito dei servizi del professionista, indipendentemente dalla vittoria o meno nel giudizio, si è comunque affermato il potere del giudice di liquidare una somma per spese e onorari.

¹⁹² Secondo il precedente *Central R. R. Banking Co. Of Georgia vs. Pettus*, 113 U. S. 116 (1885).

Tale liquidazione viene svolta basandosi sia sull'accordo con la parte sia sul risultato economico fatto ottenere alla "classe" in virtù del proprio operato. Esaltando in questo modo «*la vocazione imprenditoriale*»¹⁹³ della classe forense americana.

In secondo concetto chiave è la subordinazione dell'azione di classe ad un'attenta disamina da parte del giudice prima essa che possa essere considerata efficacemente esperita.

Il magistrato statunitense infatti, al quale è fornita a tal riguardo ampia discrezionalità, dovrà riscontrare alcuni requisiti preliminari per poterne autorizzare l'ammissibilità e la procedibilità.

Il giudice infatti, prima di procedere, deve emanare un *order of certification*, il quale consisterebbe in un provvedimento il cui effetto sarebbe quello di conferire alla comunità della "classe", ai soli fini del procedimento in questione, una specie di "soggettività giuridica"¹⁹⁴ per l'instaurazione del giudizio. Un tale espediente si rende necessario per poter dare un'imputazione soggettiva alla causa in modo tale da poterla far rientrare nei normali canoni del diritto, per indicare quindi un unico attore formale, una sorta di rappresentante «*paraorganico*»¹⁹⁵.

I requisiti¹⁹⁶ che il giudice deve riscontrare nel suo vaglio di ammissibilità dell'azione di classe sono quello della *typicality*, la riconducibilità in uno degli schemi propri dell'azione di classe della pretesa fatta valere dal rappresentante della categoria che poi diventerà parte processuale, quello della *numerosity*, ossia della presenza di un numero elevato di potenziali attori per poter giustificare l'instaurazione del processo collettivo, infine quello della *commonality*, sarebbe a dire la comunanza e l'omogeneità, nella totalità delle cause rappresentate, di alcuni elementi e questioni, in fatto e in diritto, sempre per poter giustificare la scelta dello strumento giurisdizionale collettivo.

Infine, al giudice è affidato il compito di valutare l'affidabilità del rappresentante della classe e del suo avvocato, ossia se essi siano in grado di rappresentare soddisfacentemente la classe, in relazione agli interessi di tutti i membri, e se siano in grado di farlo con lealtà, correttezza e buona fede.

¹⁹³ CONSOLO – ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis*, op. cit. pag. 23.

¹⁹⁴ TROCKER, *Il processo civile e le controversie soggettivamente complesse*, op. cit., pag. 1245.

¹⁹⁵ CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, op. cit. pag. 641.

¹⁹⁶ CONSOLO – ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis*, op. cit., pag. 21.

Il terzo concetto fondamentale dell'efficacia del giudicato della sentenza che statuisca sull'azione di classe si estende automaticamente¹⁹⁷ ai membri della classe indipendentemente dall'esito del procedimento.

L'estensione automatica dell'efficacia *ultra partes*, così come alcune diversità nella procedura di notificazione, è declinata in maniera differente a seconda del modello di *class action* esperibile, derivante a sua volta dal tipo di esigenza posto alla base del procedimento, ossia quel requisito della "tipicità" precedentemente richiamato.

I primi due modelli di *class action*, quello *mandatory* e quello *declaratory or injunctive*, i quali riguardano rispettivamente le necessità di evitare giudicati individuali contrastanti o il pregiudizio della soddisfazione di tutti i vincitori appartenenti alla classe e l'esigenza di evitare e inibire gli effetti pregiudizievoli e negativi della controparte, si estendono in maniera automatica e non necessitano di precise e rigorose regole di notificazione.

Nel terzo schema invece, conforme al modello della *damages class action*, l'estensione automatica ed incontrovertibile del giudicato avviene per tutti i soggetti appartenenti alla classe, a meno che essi non esercitino, individualmente, il diritto di *opt out*, sarebbe a dire la facoltà di estraniarsi dal *dictum* giudiziale, sottraendosi agli effetti dello stesso.

In ultima battuta, per quanto riguarda il modello statunitense, è inoltre segnare l'importanza del *Class action Fairness Act* risalente al 2005. Questo documento di legge è stato infatti varato dal sistema legislativo americano per cercare di porre un rimedio agli abusi che il loro ordinamento aveva fino ad allora visto e conosciuto nelle ipotesi di accordi transattivi sorti tra i convenuti delle azioni di classe e l'avvocato della classe stessa.

Si era in questi casi infatti più volte giunti a situazioni dove i diritti della classe venivano in concreto mortificati dagli iniqui accordi raggiunti, i quali garantivano ai soggetti che avevano aderito all'azione di classe cifre forfettarie o irrisorie¹⁹⁸ mentre estremamente elevati risultavano essere gli onorari di spese riscossi dai *class counsel*.

In una tale prospettiva sono stati ampliati e rinvigoriti i poteri di controllo sulle proposte transattive garantiti alle Corti federali, a discapito di quelli dei giudici nazionali.

¹⁹⁷ Anche se non è stato sempre così, nelle versioni precedenti della *class action* statunitense erano infatti previsti determinati modelli ibridi dove l'estensione del giudicato riguardava esclusivamente gli effetti *in bonam partem*, andando ad escludere quelli sfavorevoli.

¹⁹⁸ In alcuni casi si arrivò anche all'attribuzione di buoni sconto o di *coupons* agli appartenenti della categoria, che però riguardavano prodotti delle stesse parti convenute, generando in questo modo un loro ulteriore guadagno economico.

A seguito di una proposta di conciliazione fra le parti è infatti stata prevista la comunicazione e l'informazione agli appartenenti della classe del contenuto dell'accordo. Esperita l'informativa è prevista un'apposita udienza dove gli stessi hanno facoltà di partecipare allo scopo di contestare l'accordo e di mostrare eventuali rimostranze, con l'ulteriore possibilità di vedersi riconosciuto un ulteriore termine per esercitare il diritto di *opt-out*, ove fosse ammesso. Svoltata tale udienza, spetterà poi al giudice andare a valutare l'accordo sotto i profili dell'equità e della sua regolarità formale.

6. Le differenze dell'azione di classe negli anni nel suo lungo *iter* legislativo.

6.1. I primi progetti: nn. 3838 e 3839 del 2003.

Seppur sulla necessità e sulla necessarietà dell'adozione dell'azione di classe all'interno dell'ordinamento nazionale si parlasse oramai da quasi trent'anni e che fosse considerato da alcuni come un passo doveroso¹⁹⁹ e ineluttabile dei paesi a "capitalismo maturo"²⁰⁰, in Italia si è giunti alla costituzione concreta dell'azione di classe solo per contrarietà, ossia si è infine arrivati ad abbracciare l'istituto di matrice americana solo perché spinti dall'urgente esigenza dovuta all'insorgere di alcuni casi concreti.

Infatti, «*lo "sprone" socio-economico decisivo*»²⁰¹ è derivato da alcune tristi vicende di cronaca occorse in quegli anni in Italia, ci si riferisce ad esempio alle situazioni dei rimborsi R. C. Auto e i più famosi *cracs* Parmalat e Cirio²⁰².

Con l'insorgere di questi episodi, e di conseguenza, delle vicende giudiziarie ad essi connesse, venne alla luce uno dei nervi scoperti del sistema giurisdizionale italiano, ossia la sua impossibilità di andare a regolare e dirimere efficacemente tali situazioni vista la mancanza di istituti propri che potessero gestire circostanze esorbitanti dai normali casi che il processo civile italiano si trovava ad affrontare e che vedevano la presenza di così numerosi soggetti coinvolti e interessati. Si iniziava dunque a stagliare nel nostro ordinamento preprocessual civilistico la consapevolezza della limitatezza gestionale del tradizionale istituto del cumulo soggettivo giuridico, nonché delle problematiche pratiche da esso scaturenti dal punto di vista delle risorse giudiziarie per poter assicurare un contenzioso equo ed efficiente a tutti quei soggetti che a qualsiasi titolo avessero qualcosa da vantare o che in qualsiasi modo fossero da esso toccati.

¹⁹⁹ MARINUCCI, *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, pag. 174.

²⁰⁰ CONSOLO, *Class action fuori dagli USA?*, op. cit., pag. 615 e 621; e, ancora PATTI, *L'esperienza della class action in due libri recenti*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1979, pag. 1559.

²⁰¹ CONSOLO – ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis*, op. cit., pag. 19.

²⁰² La vicenda Cirio è stata l'anticipatrice di una lunga e dolorosa stagione di dissenti finanziari in Italia. I risparmiatori italiani si sono infatti ritrovati a dover subire le maggiori problematiche dovute alla cattiva gestione aziendale avuta da molte società fra gli anni 80 e 90.

Poiché ci si ritrovava in una situazione senza precedenti nel nostro sistema processuale, vennero prese in considerazione e attuate risposte drastiche e di sicuro impatto.

Fu così quindi che l'azione di luce riuscì a far breccia e vide per la prima volta la luce nel panorama giuridico italiano. Come accennato, le prime due proposte fatte, mai passate al Senato, furono le ipotesi di progetti di legge n. 3838 e 3839.

La fusione di queste due mozioni portò alla composizione di un sistema che, seppur ancora primordiale, aveva interessanti spunti di partenza da cui proseguire per giungere ad un'azione di classe efficace ed efficiente.

Tale proposta prevedeva un modello di azione di classe a struttura bifasica esperibile dalle associazioni di categoria dei consumatori e dei professionisti presenti nel panorama italiano, alle quali erano state affiancate dalle camere di commercio, contro gli atti illeciti plurioffensivi e seriali commessi nell'ambito dei rapporti contrattuali.

Nella prima fase processuale si sarebbe accertata l'ammissibilità dell'azione e la colpevolezza delle parti convenute mentre solo in un secondo momento evi sarebbe stata la concreta liquidazione del risarcimento dovuto a ciascun membro della classe.

La natura bifasica di tale azione era dovuta ad altre caratteristiche del procedimento giurisdizionale collettivo consumeristico. Innanzitutto, la prima fase poteva concludersi o attraverso una conciliazione giudiziale o a seguito dell'emanazione di una sentenza di condanna generica. Entrambe le conclusioni, che al loro interno avrebbero dovuto contenere - preferibilmente e ove fosse stato possibile - i criteri di calcolo concreto per la quantificazione del risarcimento minimo da attribuirsi a ciascun singolo soggetto appartenente alla classe, avrebbero costituito, null'altro, che prova scritta, *ex art. 634 c.p.c.*, per permettere ai consumatori vincitori di ottenere ingiunzioni di pagamento. Era infatti previsto che la seconda fase, quella liquidativa, potesse partire solo a seguito della pubblicazione, ad opera di una delle camere di conciliazione appositamente istituite presso i tribunali, della sentenza di condanna generica, della dichiarazione di esecutività del verbale di conciliazione o di altra determinazione definitiva qualora si fosse ricorsi ad uno degli strumenti di alternativi e stragiudiziali di composizione delle liti, regolati dall'art. 38²⁰³ del decreto legislativo numero 5 del 17 gennaio del 2003, denominato appositamente "Organismi di conciliazione".

²⁰³ Testo integrale art. 39 d.lgs. 5/03: «Gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire un tentativo di conciliazione delle controversie nelle materie di cui all'articolo 1 del presente decreto. Tali organismi debbono essere iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia.

Ad avviso di chi scrive, una delle note maggiormente positive di siffatta disciplina fu poi l'interruzione generalizzata della prescrizione di tutti i diritti dei singoli consumatori, indipendentemente dalla loro partecipazione o meno al procedimento giurisdizionale collettivo.

Seppur alcune disposizioni della disciplina sono di indubbio pregio, numerose rimangono invece quelle di minor fattura. Detta affermazione risulta essere corroborata, e a ragione, dalle varie critiche che furono mosse a questo progetto.

Dalla sua delineazione sorgeva infatti un ambito di applicazione decisamente limitato e restrittivo. Dal punto di vista oggettivo non si comprendeva come mai vi fosse stata la scelta di limitare l'azione alle sole questioni derivanti da contratto²⁰⁴, specialmente quelli conclusi mediante sottoscrizione di moduli e formulari, senza anzi considerare, come abbiamo accennato nei precedenti paragrafi, che vi possono essere numerosi casi in cui le condotte illecite da parte delle imprese e dei professionisti possano esplicarsi indipendentemente dalla presenza di una determinazione contrattuale. Per quel che riguarda il punto di vista soggettivo invece era parsa indebita e ingiustificata la mancanza della menzione, per l'esperimento di una tale azione, dei singoli consumatori, sia nella loro veste individuale che in quella aggregata, e che anzi essa fosse affidata solamente alle associazioni di categoria maggiormente rappresentative a livello nazionale²⁰⁵. Altrettanto dubbio poi sembrava che al loro interno vi fosse un'ulteriore disparità di trattamento²⁰⁶ fra le associazioni dei consumatori e quelle dei professionisti, nonché in parte, da un opposto angolo di prospettiva, la loro simile e comune trattazione.

Il Ministro della giustizia determina i criteri e le modalità di iscrizione nel registro di cui al comma 1, con regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Con lo stesso decreto sono disciplinate altresì la formazione dell'elenco e la sua revisione, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti. Le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 4 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, hanno diritto ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel registro.

L'organismo di conciliazione, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, deposita presso il Ministero della giustizia il proprio regolamento di procedura e comunica successivamente le eventuali variazioni. Al regolamento debbono essere allegate le tabelle delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti da enti privati, proposte per l'approvazione a norma dell'articolo 39.».

²⁰⁴ GIUGGIOLI, *Class action e azione di gruppo*, in *Quad. Riv. Dir. Civ.*, 2006, pag. 31.

²⁰⁵ FAVA, *L'importabilità della class action in Italia*, in *Cont. e Imp.*, 2004, pag. 220.

²⁰⁶ GIUGGIOLI, *Class action*, op. cit., pag. 24.

C'era poi chi criticava l'istituto, così come delineato, sotto vari punti di vista²⁰⁷, chi metteva l'accento sulle criticità procedurali di un simile procedimento, ritenuto lento, macchinoso e di problematica applicazione pratica²⁰⁸, chi criticava la scelta del tipo e della natura della sentenza²⁰⁹ con cui si concludeva la prima delle due fasi del procedimento collettivo.

Da ultimo infine va segnalata la non felice scelta di affidare valore di prova scritta agli atti conclusivi del procedimento, così da renderli di fatto sterili e inefficaci in quanto non idonei per essere utilizzati per esperire il processo esecutivo, non potendo essere considerati e non essendo stati equiparati ad un titolo esecutivo.

Detta disciplina, per quanto mai entrata in vigore, fu di fondamentale importanza in quanto pose le basi per la strutturazione della successiva proposta legislativa che di essa è indubbiamente figlia.

6.2. Il primo approdo: la legge 244 del 24 dicembre 2007.

Come sovente accade con le creazioni di qualsivoglia tipo, scientifiche, letterarie, musicali e giuridiche, la prima formulazione non è mai completa e perfetta come ci si attenderebbe ed è solo attraverso diverse e successive approssimazioni si è riusciti a smussare e limare i tratti più spigolosi per rendere migliore un'opera d'ingegno.

È ovviamente questo uno di quei casi, dove una legge non perfetta ha però dato via ad un processo che ha visto cambiare varie volte l'istituto in parola.

L' "azione collettiva risarcitoria" nata a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti è infatti stata la prima vera e propria formulazione legislativa riguardante un procedimento giurisdizionale collettivo. La sua proposta di legge, la numero 1495 promossa dall'onorevole Pier Luigi Bersani, modificata da successivi emendamenti legislativi confluiti nella legge finanziaria del 2008, veniva composta a seguito dell'emanazione del codice del consumo nel 2005 e risultava essere

²⁰⁷ COSTANTINO, *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, in *Foro it.*, 2007, V, pag. 140.

²⁰⁸ CONSOLO, *Fra nuovi riti civili e riscoperta della class action, alla ricerca di una "giusta" efficienza*, in *Corr. Giur.*, 2004, pag. 568; e, ancora PONCIBÒ, *La controriforma della class actions*, in *Danno e resp.*, 2005, pag. 130.

²⁰⁹ BALENA, *Aspetti processuali della tutela dei consumatori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, pag. 561.

«una soluzione di compromesso»²¹⁰ tra il modello statunitense e quello della legislazione armonica dell'Unione Europea²¹¹.

Nella sua prima versione la legittimazione attiva era affidata, coerentemente alla visione europea, sia alle associazioni di cui all'articolo 139 del codice del consumo, sarebbe a dire quelle rappresentative a livello nazionale e iscritte nell'apposito elenco tenuto dal ministero dello sviluppo economico²¹², sia da enti rappresentativi superindividuali costituiti *ad hoc* dai singoli consumatori ed utenti lesi come associazioni e comitati adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi. In questo modo si andava quindi a superare quello che nella disciplina del 2003 era stato uno dei punti più criticati dalla dottrina, ossia la mancanza della menzione di gruppi di consumatori fra i soggetti autorizzati ad esperire il procedimento collettivo.

Anche per quanto riguarda l'ambito oggettivo di applicazione della normativa fu possibile riscontrare un significativo ampliamento, infatti esso, pur continuando a prevedere le ipotesi derivanti da contratto, veniva esteso agli illeciti extracontrattuali, alle pratiche commerciali scorrette e ai comportamenti anticoncorrenziali.

Un'importante innovazione apportata dall'azione collettiva risarcitoria era quella di dover essere sottoposta obbligatoriamente a «un preventivo vaglio di ammissibilità dell'esercizio in forma aggregata delle pretese risarcitorie di gruppo»²¹³ che quindi poteva essere concessa dal giudice solo ove fosse riscontrato, cumulativamente, la non manifesta infondatezza della, la mancanza di sussistenza di una situazione di conflitto di interessi e la sussistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela secondo la normativa in questione.

Si manteneva infine la struttura bifasica del procedimento, il quale si articolava in un primo momento “superindividuale” destinato all'accertamento dell'illecito, che quindi si svolgeva nell'esclusivo interesse della categoria consumeristica, e un secondo stadio, questa volta a favore dei singoli diritti soggettivi dei consumatori, dove si provvedeva alla soddisfazione delle pretese individuali²¹⁴.

²¹⁰ CATRICALÀ – PIGNALOSA, *Manuale del diritto*, op. cit. pag. 278.

²¹¹ Per uno studio completo delle varie soluzioni adottate all'interno dell'Unione Europea si veda CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello “opt-in” anziché quella danese dello “opt-out” e il filtro (“L'inutil precauzione”)*, in *Corr. Giur.*, 2008, 1, pag. 5 e ss..

²¹² Coerentemente con l'impostazione avuta dai progetti di legge del 2003.

²¹³ CONSOLO – ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140*, op. cit., pag. 42

²¹⁴ BELLELLI, *L'azione di classe (art. 140 bis, D.lgs. 6.9.2005, n. 206)*, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di A. Catricalà e P. Troiano, Torino, 2010, pag. 1873.

Con il mantenimento della struttura bifasica era posta sui singoli consumatori e utenti la facoltà di assoggettarsi al giudicato formatosi nel procedimento collettivo, in quanto solo con l'adesione all'azione collettiva o con l'intervento nel processo vi era l'automatica vincolatività del giudicato collettivo, nonché l'effetto interruttivo della prescrizione.

Attraverso la scelta di un tale meccanismo, detto *opt-in*, che secondo alcuni potrebbe risultare lievemente anacronistica e oramai estranea alla concezione statunitense²¹⁵, il legislatore prendeva una posizione fedele alle disposizioni costituzionali, non prevedendo infatti nessun meccanismo di efficacia *ultra partes* delle sentenze, né *in bonam* né *in malam partem*, e non confliggendo con il dettato dell'articolo civilistico 2909.

Alla sentenza con cui si concludeva il procedimento era, finalmente, riconosciuta l'efficacia del giudicato, superando la mera valenza come prova scritta.

La sua vincolatività riguardava i singoli danneggiati aderenti o intervenuti nel procedimento, mentre rimanevano ad esso completamente estranei tutti gli altri utenti e consumatori che non avevano preso parte al procedimento giudiziario.

Da ultimo va infine segnalata l'elevata predisposizione e predilezione del legislatore verso gli istituti della conciliazione giudiziale, i quali, crescendo sia di numero che d'importanza, risultavano essere la via preferita dal dettato normativo per giungere alla risoluzione delle controversie collettive.

6.3. Dall'azione collettiva risarcitoria all'azione di classe: la riforma del 2009.

Le numerose, varie e spesso pungenti critiche che furono mosse al testo del 2007 costrinsero il legislatore ad intervenire nuovamente sulla disciplina consumeristica dell'azione collettiva. Ciò avvenne un paio di anni dopo, quando fu approvata ed emanata la legge numero 99 del 23 luglio 2009, la quale segnò un passaggio importante nel progredire dell'istituto.

Innanzitutto, da un punto di vista emblematico e simbolico, fu cambiato il nome dell'azione che passò da "azione collettiva risarcitoria" ad "azione di classe", avvicinando in questo modo e non solo terminologicamente, detto procedimento a quello conosciuto dal sistema attualmente in funzione

²¹⁵ PUNZI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *scritti in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011, pag. 665, si fa notare che il sistema dell'*opt-in* è stato abbandonato dal sistema statunitense per approdare invece a quello dell'*opt-out*; e, ancora RUPERTO, *L'azione collettiva risarcitoria in Italia: osservazioni de iure condendo*, in *Giust. Civ.*, 2008, 11, pag. 501.

ed utilizzato negli ultimi anni, segnando un punto di svolta «*sintomatico di un nuovo modo di concepire l'istituto*»²¹⁶.

Il primo importante cambiamento dettato dalla nuova disciplina legislativa concerne l'ambito soggettivo di applicazione dell'azione e la sua legittimazione ad agire, vi è infatti l'eliminazione della facoltà di esperimento della tutela collettiva a favore dei soggetti plurisoggettivi per approdare all'affidamento della stessa ai soli singoli individui. In altri termini, la legittimazione all'azione di classe viene quindi concessa al solo consumatore individuale, mentre viene soppressa la facoltà precedentemente riconosciuta alle associazioni e agli enti adeguatamente rappresentativi della categoria.

In tal maniera dunque si segna un cambiamento relativamente importante di rotta, andando ad abbracciare, in maniera più stingente, le caratteristiche proprie del modello di azione collettiva d'oltre oceano²¹⁷.

Le entità "plurisoggettive" non sono però eliminate totalmente. Il nostro ordinamento, in questa fase, gli garantisce un «*ruolo indiretto*»²¹⁸ di tutela prevedendo espressamente, dopo aver stabilito quali sono i soggetti legittimati, che i singoli possano avvalersi come strumento d'ausilio proprio delle associazioni o dei comitati per portare avanti il procedimento collettivo. In questo modo il legislatore sembra ammettere candidamente la «*plausibile necessità*»²¹⁹ del bisogno di un aiuto per i singoli consumatori per portare avanti il complesso procedimento collettivo, anche per via degli elevati costi processuali da sostenere singolarmente.

Un secondo passaggio di importanza fondamentale è l'abbandono della struttura bifasica dell'azione, permettendo invece l'adesione in una fase preliminare al processo stesso. Il meccanismo di *opt-in*, ossia quello per il quale i consumatori possono decidere di entrare nel procedimento, assoggettandosi in tal modo all'efficacia della sentenza emessa all'esito del giudizio collettivo, viene quindi anticipato notevolmente, divenendo inoltre l'unica modalità di partecipazione per via della

²¹⁶ CATRICALÀ – PIGNALOSA, *Manuale del diritto*, op. cit., pag. 279.

²¹⁷ Come si ricorderà, la legittimazione statunitense è infatti affidata al singolo consumatore che, con l'ausilio del suo rappresentante legale, garantirà processualmente la giusta rappresentazione e difesa dei diritti e degli interessi dell'intera classe. A tal riguardo si veda anche MENCHINI – MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2010, pag. 1416.

²¹⁸ BELELLI, *L'azione di classe*, op. cit., pag. 1874

²¹⁹ CONSOLO – ZUFFI, *L'azione di classe ex art 140-bis*, op. cit., pag. 46.

soppressione della facoltà dei terzi di intervenire attraverso l'articolo 105²²⁰ del Codice di procedura civile.

In ragione delle possibili problematiche e difficoltà che un termine così stringente potesse comportare, è però garantita - e aggiungerei fortunatamente - la facoltà per singoli consumatori e utenti d'instaurazione di autonomi procedimenti risarcitori basati sui medesimi fatti costitutivi dell'azione di classe. Tale possibilità è garantita sia a coloro che non hanno aderito al procedimento collettivo, sia a coloro che invece, pur aderendo a uno, non si sono visti riconosciuti i loro diritti o interessi a causa della chiusura anticipata del procedimento o della sua estinzione.

Uno dei grandi cambiamenti, in negativo, della disciplina in questione è la delimitazione effettuata su alcune delle caratteristiche che i diritti fatti valere devono possedere per l'esperimento dell'azione in forma aggregata. Era stato infatti previsto che per poter utilizzare l'azione collettiva i diritti ad essa sottesi fossero "diritti individuali omogenei", secondo il primo comma dell'art. 140-*bis*, e "diritti identici", secondo il secondo.

Va da subito segnalato che l'"identità" dei diritti ha creato non pochi problemi nell'utilizzo di tale azione all'interno del nostro ordinamento per via della diversità di interpretazioni che si sono avute a tal riguardo. In una fase iniziale l'interpretazione letterale e rigorosa della norma, avuta soprattutto dalla giurisprudenza dei tribunali come dimostrano le numerose pronunce d'inammissibilità emanate nel periodo immediatamente successivo all'emanazione della legge²²¹, aveva comportato un'applicazione piuttosto esigua dell'istituto visto che la sua applicazione pratica comportava l'integrale coincidenza degli elementi costitutivi dei diritti posti alla base dell'azione collettiva, specificatamente con riguardo sia all'*an* che al *quantum*.

Nonostante il dato letterale la dottrina propendeva invece per un'interpretazione poco rigorosa della norma. I ragionamenti mossi²²² si basavano sulla circostanza che non potesse essere indifferente che all'interno della stessa disposizione il legislatore avesse inserito due aggettivi dai significati così diversi. L'unica conclusione plausibile era dunque quella di considerare i due aggettivi quasi come sinonimi in modo da poter ammettere una loro interpretazione estensiva. I risultati derivanti da questo sforzo interpretativo conducevano alla necessità che i diritti per i quali fosse esperita l'azione di classe

²²⁰ Testo integrale art. 105 C. p. c. : «Ciascuno può intervenire in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di tutte le parti o di alcune di esse, un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo. Può altresì intervenire per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio interesse.».

²²¹ Si veda, a titolo esemplificativo, Tribunale di Torino, 31 ottobre 2011.

²²² BELELLI, *L'azione di classe*, op. cit., pag. 1875.

fossero accomunati dalla sola *causa petendi*, escludendo quindi la loro completa eguaglianza né l'integrale coincidenza del *petitum*.

Viene inoltre ampliato anche il novero delle situazioni giuridiche deducibili attraverso l'azione collettiva. Innanzitutto, viene mantenuta la tutelabilità di tutte le situazioni derivanti da contratto alle quali vengono però aggiunte le situazioni riconducibili alla predisposizione di condizioni generali e alla sottoscrizione di moduli e formulare. In secondo luogo, viene invece inserita la possibilità di esercizio dell'azione dei diritti spettanti ai consumatori finali di un prodotto nei confronti del suo produttore e indipendentemente da un rapporto contrattuale fra i due. Infine, è mantenuto il diritto al risarcimento dei pregiudizi subiti a causa di pratiche commerciali scorrette e comportamenti anticoncorrenziale, perendo però il generico riferimento agli illeciti extracontrattuali.

Sotto un altro angolo prospettico, viene maggiormente articolata la disciplina giuridica del filtro di ammissibilità. Nella delibazione preliminare svolta dal giudice, accanto alla non manifesta infondatezza e alla insussistenza di conflitti di interessi, vengono aggiunte le situazioni di identità dei diritti individuali e la capacità del rappresentante dei consumatori di curare adeguatamente l'interesse della classe²²³, mentre viene invece eliminata la necessità di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela.

Viene dettata una disciplina analitica riguardo al regime impugnatorio dell'ordinanza sull'ammissibilità dell'azione.

In questo passaggio di legge, per la prima volta da quando i rimedi collettivi sono entrati all'interno del nostro ordinamento, viene delineata, anche se non in maniera compiuta e approfondita una disciplina di coordinamento in presenza di più azioni di classe che siano state avviate più o meno contestualmente e in parallelo verso un unico professionista e riguardo al medesimo tipo di illecito. Le scelte legislative adottate, che possono sembrare temporalmente limitate e inique²²⁴, dispongono l'utilizzo degli istituti della riunione d'ufficio o della riassunzione delle cause per le altre azioni iniziate prima della scadenza delle azioni iniziate nell'altro processo. Le soluzioni sono operate rispettivamente quando entrambi processi si ritrovino ad essere incardinati allo stesso tribunale o quando invece siano aditi due giudici differenti.

A riguardo sembra potersi dire che il legislatore abbia optato per la scelta di una connessione oggettiva impropria²²⁵.

²²³ In completa coerenza con l'approccio maggiormente statunitense tenuto dalla disciplina legislativa in esame.

²²⁴ Di «scabra soluzione» parla CONSOLO – ZUFFI, *L'azione collettiva ex art. 140-bis*, op. cit. pag. 49.

²²⁵ La connessione impropria si ha quando la decisione di due o più giudizi dipenda dalla risoluzione di identiche questioni di fatto o di diritto. Vocabolario TRECCANI, voce “connessione oggettiva impropria”.

Come si è accennato all'inizio del paragrafo, con le disposizioni del 2009 vi è stata l'eliminazione della duplice fase processuale presente nella precedente disciplina. Risulta infatti essere stata soppressa la fase riguardante la quantificazione dei singoli rimborsi da attribuirsi a ciascun appartenente alla classe. Quest'operazione è infatti svolta all'esito del processo, essendo contenuta all'interno della sentenza di condanna, dove infatti il giudice può scegliere se liquidare direttamente le somme spettanti ai consumatori e agli utenti aderenti o scegliere di indicare i soli criteri di calcolo in previsione di una futura quantificazione.

L'esecutività di tale sentenza segue poi un regime particolare, essa è procrastinata di centottanta giorni dalla data della sua pubblicazione. Questa disposizione è stata presumibilmente inserita per incentivare l'adempimento spontaneo da parte del professionista, in quanto le somme da lui versate in questo periodo nei confronti dei consumatori e degli utenti vittoriosi nei suoi confronti risultano essere esenti da alcun tipo di ulteriore incremento.

Peculiari risultano poi le disposizioni riguardo al regime dell'inibitoria dell'esecutività della sentenza con cui si condanni il professionista, a tal riguardo è istituito un regime di favore per consumatori e utenti. Viene previsto che la corte d'appello, prima di dichiarare inesecutiva una sentenza, possa tener conto, accanto ai "gravi e fondati motivi" previsti dall'articolo 283²²⁶ c. p. c anche di altri fattori maggiormente relativi alla situazione del procedimento collettivo. Potranno infatti essere considerati l'entità complessiva della somma che l'impresa è stata condannata a disporre, il numero di creditori presenti e il livello di difficoltà nel ripetere quanto versato nel caso di accoglimento del gravame. Viene inoltre concessa al giudice la facoltà di disporre il deposito vincolato della somma complessivamente dovuta fino al passaggio in giudicato della pronuncia conclusiva del procedimento.

L'ultima variazione apportata dalla disciplina legislativa del 2009 è infine l'eliminazione di qualsiasi riferimento alle modalità di risoluzione conciliativa giudiziale delle liti, che semplicemente svaniscono dal tessuto normativo.

La loro scomparsa viene comunque leggermente mitigata da alcune statuizioni di raccordo con la disciplina delle transazioni esterne ed estranee alla tutela giurisdizionale. Viene infatti stabilito che

²²⁶ Testo integrale primo comma dell'art. 283 C. p. c. : «Il giudice d'appello su istanza di parte, proposta con l'impugnazione principale o con quella incidentale, quando sussistono gravi e fondati motivi, anche in relazione alla possibilità d'insolvenza di una delle parti, sospende in tutto o in parte l'efficacia esecutiva o l'esecuzione della sentenza impugnata, con o senza cauzione.».

i possibili accordi intervenuti fra il rappresentante della classe e l'impresa professionista convenuta non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi abbiano espressamente consentito.

6.4. Un ulteriore cambio di rotta: Decreto-legge 1/12.

Nel lungo viaggio che ha condotto all'ultima e recente modifica della normativa il penultimo passaggio è stato costituito dalla variazione legislativa del 2012.

L'esperienza pluriennale che l'applicazione della disciplina così delineata ha contribuito sensibilmente nella comprensione e nello studio del procedimento collettivo giurisdizionale, influenzando inoltre l'ultima modifica legislativa incorsa nei primi mesi del 2019.

Per riuscire quindi a comprendere la disciplina che diverrà applicabile in futuro risulta di fondamentale importanza conoscere i tratti delle disposizioni che potremmo considerare il parente più stretto.

Il decreto-legge numero 1 del 24 gennaio del 2012, convertito dal governo Monti il 24 marzo con la legge 27/2012, era stato scritto per migliorare il funzionamento e l'efficienza della disciplina dell'azione di classe e per superare parte delle problematiche e dei limiti maggiormente evidenti che erano venuti alla luce dall'applicazione del precedente complesso normativo.

Fu così che nel "decreto liberalizzazioni", recante "disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", furono introdotte numerose disposizioni che apportavano variazioni trasversali all'intera disciplina della tutela giurisdizionale collettiva.

La prima importante innovazione che il decreto si proponeva di apportare riguardava il regime della competenza in materia di azione di classe.

Il criterio della sede dell'impresa²²⁷ avrebbe dovuto cedere il passo ai consueti e comuni criteri territoriali, con l'unica precisazione che la controversia sarebbe appartenuta alle sezioni specializzate in materia d'impresa. Era infatti di quegli anni il tentativo di costituzione del "Tribunale delle Imprese", che, oltre alla variazione nominale subita dalle sezioni in materia di proprietà industriale e intellettuale, prevedeva la devoluzione alla sua cognizione anche dei procedimenti collettivi.

²²⁷ Il quale, pur risultando in formale contrasto con quello di matrice consumeristica che prevede invece l'adizione del giudice del luogo di residenza del consumatore, in questo caso sostanzialmente inapplicabile vista la natura plurisoggettiva del procedimento, riusciva concretamente ad evitare l'insorgere di più controversie basate sugli stessi fatti di fronte a giudici diversi e perciò chiaro frutto di una precedente scelta legislativa di natura preminentemente pragmatica.

Questa divisione delle sezioni giudiziari in realtà non avvenne mai. Si comprese infatti che così facendo si sarebbe causato un eccessivo aggravio di competenze di dette sezioni e ciò anche a causa del contestuale allargamento di competenze riguardanti le liti derivanti dalla materia societaria.

La disciplina del 2012 comunque incise significativamente in altre direzioni.

In primo luogo, comportava la reintroduzione all'interno dell'ambito oggettivo di tutela dell'azione di classe anche degli interessi collettivi. Tale modifica permetteva quindi di ritutelare, assieme ai diritti individuali, quegli interessi previsti dalla disposizione del 2007 sull'azione collettiva risarcitoria. Mentre all'epoca essi erano i soli tutelabili, ora si prevedeva la tutelabilità di entrambe le situazioni soggettive.

In secondo luogo, nell'intento di ampliare l'utilizzo e il ricorso all'azione in esame, si decise di eliminare, per la gioia di numerosa dottrina²²⁸, il riferimento all'identità dei diritti per approdare al più aperto e confortevole porto dell'omogeneità. Il legislatore si adeguò quindi in questo modo alla lettura ermeneutica che era stata data a riguardo dalla dottrina, la quale aveva preferito considerare i due aggettivi come sinonimi per permettere un maggior utilizzo dell'azione, piuttosto che considerarli confliggenti e snaturare il senso della norma rendendolo di ristrettissima applicazione. Risulta evidente come in questo caso il legislatore abbia considerato il riferimento all'omogeneità nella sua interezza, "tout court", invece di affermarne irragionevoli e immotivate limitazioni.

Viene inserito, forse in maniera ridonante²²⁹, un nuovo periodo del secondo comma dell'art. 140- bis del codice del consumo il quale, apparentemente senza aggiungervi nulla, si limita a precisare quanto già statuito nel primo comma dell'articolo in questione: «*L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e delle restituzioni in favore degli utenti consumatori*».

Un'importante variazione apportata dalla disciplina in esame riguarda la fase successiva ad un'eventuale sentenza di condanna. È infatti previsto che in caso di accoglimento della domanda proposta dai consumatori e utenti attraverso il rito giurisdizionale collettivo e in presenza di una sentenza liquidativa del danno o di una che al suo interno contenga i criteri concreti di calcolo, il giudice debba assegnare alle parti un termine, non superiore a novanta giorni, per consentire la proposizione e l'arrivo ad un loro accordo interno sulla quantificazione del danno.

Nel caso in cui davvero si addivenga alla conclusione di un accordo esso viene sottoscritto dal giudice in modo da renderlo ufficiale, al contrario, se ciò invece non accada, il processo potrà

²²⁸ BELELLI, L'azione di classe, op. cit.; e, ancora CAMILLETTI, *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo: l'azione di classe*, in *Contratti*, 2009, pag. 1180.

²²⁹ CONSOLO – ZUFFI, *L'azione collettiva ex art. 140- bis*, op. cit..

proseguire al fine di raggiungere effettivamente la quantificazione del danno causato a ciascun appartenente della categoria, se almeno una delle parti vi faccia apposita istanza.

Tale ultima innovazione è stata salutata positivamente dalla dottrina e dagli esperti in materia, fintanto da essere affermato che sia «*il più importante utilizzo pratico dell'istituto consiste proprio nella creazione di un veicolo per porre in essere composizioni amichevoli uno actu dell'intero contenzioso seriale*»²³⁰. Essa infatti, in un chiaro intento deflattivo del contenzioso giuridico e specialmente quello esecutivo, cerca di inserire, in maniera preventiva e aggregata, tutte le future possibili contestazioni e problematiche in un'unica sede, così da evitare l'insorgere e il proliferare di innumerevoli procedimenti di contestazione nel momento esecutivo della sentenza.

Infine, l'ultima innovazione della disciplina del 2012 fu quella di aver permesso espressamente, in maniera anticipatrice rispetto a successive riforme legislative a tal riguardo, la possibilità per consumatori ed utenti di aderire al procedimento collettivo attraverso l'utilizzo di mezzi telematici²³¹ quali la posta elettronica certificata ed il fax, così da permettere un considerevole e agevole ampliamento delle modalità concrete di adesione.

²³⁰ GIUSSANI, *Le azioni di classe dei consumatori delle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, fasc. 1, 1 marzo 2019, pag. 157.

²³¹ CONSOLO, *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*, Milano, 2011, pag. 301 e ss..

7. Il funzionamento dell'azione di classe.

Quanto sin ora descritto riguardava le varie variazioni della disciplina consumeristica sul procedimento collettivo che si sono susseguite nell'ordinamento italiano nell'arco di dieci anni. Come era stato affermato precedentemente all'interno di questo capitolo l'azione di classe ha subito di recente un'ultima ed ulteriore modifica attraverso l'introduzione della legge numero 31 del 12 aprile del 2019.

Nonostante detto ultimo cambiamento legislativo, l'azione di classe, dal suo ingresso nel nostro ordinamento ad oggi, ha spiegato i suoi effetti ed è stata utilizzata ed esperita in alcuni casi per proteggere i diritti e gli interessi appartenenti ad una categoria di soggetti consumeristici.

Per tale ragione sembra quindi utile e funzionale al proseguo di questa trattazione andare ad indagarne, in maniera più approfondita, l'utilizzo, nonché i meccanismi e modalità di attuazione concreta e pratica.

Partendo dal già ricordato ambito oggettivo di tutela nel quale è possibile esperire l'azione di classe, esso, nonostante le numerose affermazioni simboliche susseguitesì con le varie disposizioni legislative, non rappresenta "lo strumento generale di tutela" del consumatore limitandosi a tutelare un novero di situazioni sì ampio, ma comunque circoscritto.

È il secondo comma dell'articolo 140- *bis* del cod. cons. a delimitare oggettivamente il quadro di applicazione del procedimento giurisdizionale collettivo. Esso infatti, come già affermato, prevede:

«a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione omogenea, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del Codice civile;

b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;

c) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.»

La lettera "a" va a ricomprendere tutte le situazioni derivanti da un qualsiasi tipo di rapporto contrattuale, ai quali sono stati opportunamente inclusi sia i contratti conclusi mediante moduli

formulari, ex art. 1341 c. c.²³², sia quelli, precedentemente ingiustamente esclusi²³³, nati in forza di condizioni generali di contratto ex art. 1342 c. c.²³⁴.

La lettera “b” richiama invece, forse inopportuno²³⁵, i soli illeciti derivanti da prodotto dannoso o difettoso, in una disciplina scarna che lascia ampie perplessità e dubbi per quanto riguarda i possibili danni causati dai restanti illeciti extracontrattuali.

Da ultimo la lettera “c” ha riguardo agli illeciti prodotti dal professionista nel compimento di pratiche anticoncorrenziali²³⁶ che la giurisprudenza²³⁷ ormai da tempo considera come configuranti un danno ingiusto ex art. 2043 c. c.²³⁸.

Sull'azione di classe è competente il Tribunale ordinario, in funzione collegiale, avente sede nel capoluogo della regione dove ha sede l'impresa²³⁹.

²³² Testo integrale art. 1342 c.c.: «Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza

In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria. »

²³³ MINERVINI, *Commento all'art. 140 bis*, op. cit., pag. 588.

²³⁴ Testo integrale art. 1342 C. c. : «Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse anche se queste ultime non sono state cancellate.

Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente.».

²³⁵ Un ambito di applicazione maggiore sarebbe forse stato più opportuno ai fini dell'effettività della tutela del consumatore data la trasversalità delle situazioni astrattamente dannose e pericolose.

²³⁶ Rientrano in tale categoria gli accordi, le pratiche concordate e le deliberazioni tra imprese compiuti al fine di impedire, restringere o falsare in maniera consistente la concorrenza nel mercato europeo, nazionali o in porzioni rilevanti degli stessi, nonché l'abuso di dipendenza economica, che consiste nell'illecito sfruttamento della situazione di forza economica in cui l'impresa si trova al fine di impedire ad un'altra di operare liberamente sul mercato in un regime di corretta concorrenza.

²³⁷ Cass. Sez. U., 4 febbraio 2005, n. 2207 e Cass., 23 agosto 2005, n. 17112, per fare degli esempi.

²³⁸ Testo integrale art. 2043 c.c. : «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.».

²³⁹ In deroga all'ordinario foro esclusivo del consumatore i tribunali competenti sono quello di Torino, ricomprendente anche la Valle d'Aosta, Bari, Bologna, Catania, Firenze, Genova, Milano, Napoli, Palermo, Roma, Trieste

Per il corretto esercizio dell'azione collettiva l'atto di notificazione, *ex art. 140- bis cod. cons.*, va notificato, oltre al convenuto presunto autore dell'illecito, anche al pubblico ministero, *ex quinto comma dell'articolo in questione*, in modo da permettergli l'intervento nel giudizio di ammissibilità dell'azione.

Il procedimento in primo grado è organizzato e diviso in quattro fasi: la prima riguardante all'ammissibilità della domanda; la seconda, eventuale, relativa al reclamo dell'ammissibilità; la terza attinente alla trattazione del procedimento stesso; e infine la quarta, di natura decisoria e conclusiva.

La prima fase, quella dell'ammissibilità è un vero e proprio giudizio da considerarsi come un «*filtro d'ingresso*»²⁴⁰ istituito per garantire che il procedimento collettivo dell'azione di classe non sia utilizzato pretestuosamente per portare all'attenzione dei giudici e delle testate pubblicitarie azioni infondate.

A tal riguardo al termine della prima udienza il tribunale, sempre nella sua veste collegiale, emette un'ordinanza, in cui dichiara l'inammissibilità quando riscontra una delle cause²⁴¹ previste dal sesto comma dell'articolo 140- *bis* cod. cons..

Esse sono: la manifesta infondatezza della domanda; la sussistenza di un conflitto d'interessi; la non omogeneità dei diritti individuali tutelabili; la non adeguatezza del proponente a curare adeguatamente gli interessi della classe.

Nel caso in cui il tribunale dichiari l'inammissibilità della domanda con tale ordinanza statuisce anche sulle spese e sulla pubblicità opportuna del provvedimento a carico del proponente-soccombente.

Quando invece al contrario propenda per l'ammissibilità gli è affidato il compito, la cui esecuzione è condizione di prosecuzione del procedimento, di fissare i termini e le modalità della pubblicità del provvedimento per permettere un'adeguata, corretta e tempestiva adesione degli appartenenti alla categoria al procedimento secondo il meccanismo delineato dal sistema dell'*opt-in*.

L'adesione deve avvenire nel termine perentorio, non superiore a centoventi giorni i quali iniziano a decorrere dalla scadenza del termine per la pubblicità del provvedimento, disposto dal tribunale con la quale devono inoltre delineare i caratteri della classe, ossia «*i caratteri dei diritti*

e Venezia. Sono inoltre presenti apposite sezioni specializzate a l'Aquila, Ancona, Catanzaro, Campobasso, Cagliari, Perugia, Potenza e Trento.

²⁴⁰ CATRICALÀ – PIGNALOSA, *Manuale del diritto*, op. cit., pag. 284.

²⁴¹ A tal riguardo, vista la mancanza della riscontrabilità di una *ratio* comune, il Tribunale di Torino con un'ordinanza del 27 maggio del 2010 ha considerato, in maniera implicita, l'elenco delle cause di inammissibilità della domanda di carattere non tassativo.

individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che richiedono di aderire sono inclusi o esclusi dalla classe»²⁴². Davvero un «arduo compito»²⁴³.

La seconda fase, eventuale, del reclamo è costituita in via della previsione del settimo comma dell'articolo dell'azione di classe, che prevede la reclamabilità, davanti alla corte d'appello, dell'ordinanza con cui si è deciso sull'ammissibilità dell'azione, nel termine di trenta giorni dal momento della comunicazione dell'ordinanza con cui si statuisce sull'inammissibilità o sull'ammissibilità.

In quest'ultima ipotesi in particolare il reclamo non sospende il procedimento principale davanti al tribunale.

In entrambi i casi decide la corte d'appello in camera di consiglio in un termine non superiore a quaranta giorni dal deposito del ricorso.

La terza fase, quella vera e propria della trattazione dell'azione collettiva segue un regime abbastanza particolare. Il procedimento, così come l'istruzione probatoria, è rapido e flessibile, essendo caratterizzato dall'assenza di qualsiasi tipo di formalità che non sia strettamente necessaria al contraddittorio delle parti in quanto lo scopo dell'undicesimo comma dell'art. 140- *bis*, è quello di assicurare «*l'equa, efficace e sollecita gestione del processo*»²⁴⁴.

Per quanto riguarda l'ultima fase, quella decisoria, a differenza della disciplina legislativa del 2009 quella del 2012 prevede che, generalmente, il carattere della sentenza non sia solo cognitorio, ma bensì anche condannatorio, potendo essa al suo interno contenere un contenuto sanzionatorio.

A dire il vero, la reintroduzione degli “interessi collettivi” attraverso tale ultima variazione legislativa, così come si era avuta nella sua prima versione del 2007, potrebbe far propendere gli interpreti a ritenere possibile l'esperimento del procedimento collettivo volta al “mero accertamento” dell'illecito plurioffensivo e della conseguente responsabilità di un professionista²⁴⁵.

Indipendentemente da quanto appena osservato, il contenuto delle sentenze di condanna può essere duplice. Da una parte, ove le questioni comuni che appartengono agli omogenei diritti della classe non consentano di liquidare il risarcimento, il tribunale si limiterà a statuire una condanna generica al cui interno saranno contenuti solo i criteri di calcolo per le relative liquidazioni risarcitorie.

²⁴² Lettera a), nono comma art. 140- *bis* cod. cons..

²⁴³ CATRICALÀ – PIGNALOSA, *Manuale del diritto*, op. cit. pag. 285.

²⁴⁴ PUNZI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, op. cit., pag. 675.

²⁴⁵ BARTOLOMUCCI, *Class action. Come cambia la nuova class action, l'estensione dei diritti collettivi da tutela dai diritti identici a tutela dei diritti omogenei?*, in Newsletter n. 4 del 1 giugno 2012, di *Consumer's Forum*.

Nel caso in cui la liquidazione fosse invece possibile il tribunale emetterà una sentenza di condanna specifica contenente al suo interno la liquidazione delle somme in via equitativa *ex art. 1226 c. c.*²⁴⁶

Proprio tale ultima norma poi, ha creato non poche problematiche fra gli esponenti della dottrina. Oltre alla speranza che essa sia interpretata più elasticamente rispetto a quanto fatto sin ora²⁴⁷, secondo alcuni la norma è inserita in virtù della tendenza alla deformalizzazione del procedimento collettivo²⁴⁸, secondo altri invece essa non andrà ad assicurare un alleggerimento, per i consumatori e gli utenti, dell'esistenza del danno e della sua consistenza quanto soltanto la sua concreta quantificazione²⁴⁹.

Il regime di efficacia della sentenza rimane quello derivante dal meccanismo di *opt-in*, ossia l'attribuzione «*degli effetti favorevoli e sfavorevoli solo a coloro che hanno assunto l'iniziativa o hanno aderito all'azione*»²⁵⁰.

Coloro i quali invece vi sono rimasti estranei conservano la facoltà di esperire in ogni tempo autonome azioni individuali.

Nel silenzio serbato dal legislatore sulla contemporanea ammissibilità dell'azione collettiva e di quella individuale e mettendo a rapporto le due precedenti affermazioni sembrerebbe possibile propendere per la soluzione affermativa, lasciando di conseguenza all'interprete il compito di indagarne le conseguenze applicative.

²⁴⁶ Testo integrale art. 1226 c.c.: «Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa»

²⁴⁷ Secondo l'interpretazione attuale graverebbe sul creditore l'onere di dimostrazione dell'impossibilità di provare il danno nel suo preciso ammontare. CONSOLO – ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis*, op. cit., pag. 48.

²⁴⁸ D'ACUNTO, *L'azione di classe dell'art. 140-bis cod. cons.: quale innalzamento della tutela dei consumatori?*, in *Cont. Imp.*, 2011, pag. 1111 e ss..

²⁴⁹ DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali*, in *Resp. Civ. prev.*, 2010, pag. 1940.

²⁵⁰ PUNZI, *L'azione di classe*, op. cit., pag. 666.

8. Comparazione fra i modelli statunitense e italiano.

Una volta terminata la descrizione dell'azione di classe e del suo funzionamento così come disciplinata dalla normativa italiana sembra utile ai fini della presente trattazione strutturare un ragionamento comparatistico fra i due differenti modelli di azione di classe, ossia quello visto e considerato dal diritto statunitense e quello interno predisposto dal legislatore italiano.

Come si è avuto modo di osservare la disciplina interna è per certi aspetti la figlia illegittima del sistema normativo costituito negli Stati Uniti. Essa infatti risulta essere il compromesso fra le scelte d'oltreoceano e gli influssi di matrice europea che spingevano per la composizione di un modello comune a tutti gli stati membri, finalizzato alla semplificazione e all'armonizzazione dei procedimenti all'interno dei territori degli Stati membri.

La base di partenza dell'idea prevista dall'Unione Europea era un modello dove la legittimazione attiva fosse ad esperire l'azione di classe fosse affidata ad enti esponenziali che si proponessero di curare e tutelare gli interessi appartenenti ad una più ampia categoria di soggetti, dei quali dovevano di conseguenza essere adeguatamente rappresentativi.

Nel modello americano invece come si è avuto modo di vedere la legittimazione attiva viene affidata a ciascun soggetto che possa appartenere alla classe nella sua forma individuale, il quale, come tale, dovrà rappresentare gli interessi anche di tutti gli altri membri dell'azione.

Alla sua genesi nel 2007 il legislatore italiano decise di optare per la predisposizione di una disciplina che fosse conforme ai parametri e alle idee previste dall'ordinamento dell'Unione Europea ma nel giro dei soli due anni, ossia con la legiferazione del 2009, venne già compiuto un cambio di approccio. Sembrando recepire gli influssi del modello di *common law* venne infatti prevista l'opposta previsione secondo la quale la legittimazione fosse attribuita a «*ciascun componente della classe*», al quale veniva però lasciata la facoltà di agire indirettamente mediante mandato ad associazioni o comitati a tale scopo previsti.

Come si vedrà nella trattazione del prossimo capitolo, con la disciplina del 2019 vi è stato un ulteriore cambio di prospettiva che seguendo le impostazioni di entrambi i modelli, sia l'americano che l'europeo, permette la proponibilità dell'azione sia a singoli individui che ad associazioni ed organizzazioni senza scopo di lucro e in presenza di particolari requisiti.

Dall'analisi svolta su entrambe le discipline un'ulteriore divergenza fra le due tipologie di istituti, probabilmente la più significativa dal punto di vista dell'importanza, è dovuta alla differenza adottata per quanto riguarda l'estensione degli effetti della sentenza scaturiti all'esito del procedimento collettivo.

Questa diversificazione risulta essere derivata dalla scelta del nostro legislatore che ha deciso di optare per l'utilizzo del sistema di *opt-in* e non per quello di *opt-out* previsto dal diritto di matrice statunitense.

Come infatti si è avuto modo di analizzare, il sistema di *opt-in* fondamentale si sostanzia per la necessità dell'adesione all'azione di classe da parte dei soggetti interessati per far sì che gli effetti provenienti dalla sentenza possano toccarli invece di rimanerne estranei. Quindi vi deve essere la presenza di un comportamento positivo per far sì che si abbia un'estensione dell'efficacia del giudicato.

Per quanto riguarda invece il modello di *opt-out*, che in questa sede verrà semplicemente accennato²⁵¹, esso prevede che l'estensione degli effetti della sentenza operino automaticamente per tutti i soggetti che si ritrovino ad appartenere alla classe per la quale è stato promosso il procedimento collettivo e che ciò avvenga indipendentemente dal compimento di un determinato atto o comportamento e della loro volontà.

La necessità dell'attivazione del soggetto viene infatti prevista per l'opposta ipotesi d'uscita dall'azione di classe. Viene infatti previsto che gravi sui membri del procedimento la facoltà di decidere se assoggettarsi o meno alla statuizione della causa di classe e cioè che siano essi a scegliere se rimanere all'interno del procedimento assoggettandosi ad esso o se invece possano esservi considerati come estranei vista la loro fuoriuscita.

Questa diversità di modello stranamente non si ripercuote nella divergenza sulla classificazione attribuita ai membri dell'azione. In entrambi i casi infatti essi risultano essere disciplinati esclusivamente come parti in senso sostanziale del procedimento, non essendogli attribuite particolari e ulteriori facoltà.

Un altro importante punto di connessione fra le due discipline può essere riscontrato nel preliminare vaglio di ammissibilità che deve essere svolto dal giudice del procedimento per poter dichiarare efficacemente aperta l'azione di classe.

Una tale fase di valutazione del procedimento collettivo è infatti prevista sia nel modello previsto dagli Stati Uniti che in quello Italiano, nella quale viene quindi attribuito al magistrato di entrambi i procedimenti l'incarico di effettuare una delibazione *in limine litis* sulla proponibilità del giudizio.

A cambiare fra i due modelli è però la funzione che i differenti ordinamenti attribuiscono a questo preliminare setaccio della proponibilità delle azioni di classe.

²⁵¹ La sua completa trattazione sarà operata all'interno del successivo terzo ed ultimo capitolo.

Per quanto riguarda il modello americano la funzione specifica che gli viene affidata è quella di attribuzione di una sorta di “personalità giuridica plurisoggettiva” per permettere che sia creato un centro d’interesse a cui affidare il procedimento per permetterne il corretto incardinamento giurisdizionale. La funzione di quello italiano risulta invece essere di natura più prettamente attinente all’economia processuale, avendo il compito di evitare che siano portate di fronte al giudice e all’interno di un giudizio azioni che siano considerate come pretestuose o palesemente infondate.

In entrambi i sistemi sono previste quattro ipotesi per le quali debba essere dichiarata l’inammissibilità dell’azione, due di queste risultano essere estremamente simili mentre altre due differiscono sostanzialmente.

Partendo dalle prime due, ossia da quelle situazioni che non differiscono o che comunque sono strutturate in maniera non dissimile fra i due ordinamenti, esse riguardano la valutazione dei diritti fatti valere con l’azione e la figura del rappresentante dell’azione.

Per quanto riguarda la natura dei diritti proposti il sistema italiano ha inserito il criterio dell’omogeneità mentre quello statunitense ha previsto quella della *commonality*, quindi fondamentalmente in entrambi i casi è stata avvertita l’esigenza che i diritti fatti valere appartenessero ad una tipologia comune o che comunque fossero accomunati nella loro natura.

Per quel che riguarda invece il rappresentante di classe in entrambi i modelli viene previsto che il giudice debba andare a valutare se sia idoneo, assieme al suo avvocato, a rappresentare adeguatamente la classe così come gli interessi comuni e quelli dei singoli.

Passando al contrario a trattare dai prerequisiti necessari al proponimento dell’azione che differiscono fra le due discipline, si può dire che quelli americani riguardino primariamente la garanzia del mercato e secondariamente l’economia processuale, mentre quelli interni attengano sia a quest’ultima che alla non commistione fra le parti in giudizio.

Il sistema statunitense predispone quelli della *typicality* e della *numerosity* che svolgono, rispettivamente, le funzioni di garantire che l’azione di classe proposta appartenga a una di quelle tipizzate e che sia da riferirsi ad un numero consistente di soggetti così da giustificare la scelta del proponimento del procedimento collettivo.

Il modello italiano prevede invece che il giudice arresti il procedimento quando trovi che la causa promossa sia manifestamente infondata o quando fra il ricorrente e il convenuto sussista un conflitto di interessi tale da poter pregiudicare tutti i diritti fatti valere con il procedimento collettivo.

Un ulteriore punto di contatto fra le due discipline risulta essere la presenza di un sistema di proposizione di accordi transattivi fra le parti internamente allo stesso procedimento e il favore con cui essi vengano visti e predisposti da entrambi i legislatori.

Comune ad entrambe le disposizioni normative risulta inoltre essere anche la previsione di un sistema di controlli su tali transazioni in modo da garantire e tutelare le esigenze di tutta la classe ed evitare soluzioni inadeguate e inique.

Ciò che dunque si può evincere dallo studio di tali sistemi è che nonostante le divergenze, dovute ai distanti punti di partenza iniziali fra le due discipline, esse si sono via via avvicinate predisponendo dei sistemi che non differiscono in maniera sostanziale tranne che su l'estensione degli effetti giudiziali del procedimento che sono dipesi dalla diversità degli ordinamenti e dei modelli costituzionali.

La futura tutela dei procedimenti collettivi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L. 31 del 12 aprile 2019: “Disposizioni in materia di azione di classe”. – (Segue) 2.1. L’ambito di applicazione. – (Segue) 2.2. La forma e l’ammissibilità della domanda. – (Segue) 2.3. Il procedimento. – (Segue) 2.4. La sentenza d’accoglimento e le modalità di adesione all’azione. – (Segue) 2.5. La chiusura anticipata del procedimento. – (Segue) 2.6. Il progetto dei diritti individuali omogenei. – (Segue) 2.7. Le spese del procedimento. – (Segue) 2.8. L’adempimento spontaneo. – (Segue) 2.9. Gli accordi di natura transattiva. – (Segue) 2.10. Il regime delle impugnazioni. – (Segue) 2.11. La pubblicazione – comunicazione dei provvedimenti. – (Segue) 2.12. Il regime probatorio. – (Segue) 2.13. La pluralità di azioni di classe. – (Segue) 2.14. L’esecuzione forzata collettiva. – (Segue) 2.15. L’azione collettiva inibitoria. – 3. La struttura e il funzionamento della nuova azione di classe e ipotesi “*de iure condendo*”.

1. Premessa.

Quanto sin ora descritto nei precedenti capitoli è stato il tortuoso e travagliato cammino che la disciplina dell’azione di classe ha incontrato, intrapreso e dovuto percorrere nel nostro ordinamento per riuscire in esso, e non senza intoppi, ad affermarsi.

Si era partiti dalla convinzione che in un sistema giuridico come il nostro, per quanto decisamente differente dal sistema americano di *common law* dove la *class action* ha avuto maggiore fortuna, non potesse esservi la mancanza²⁵² di un’azione capace al suo interno di convogliare la difesa

²⁵² In realtà tale visione dell’assoluta necessità della presenza di uno strumento di tutela giurisdizionale collettivo non era abbracciata indistintamente. Contrari all’introduzione dell’azione di classe furono infatti numerosi autori. Fra di loro posso essere citati RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale*, op. cit.; RESTA, *Azioni popolari, azioni nell’interesse collettivo, class actions: modelli e prospettive di riforma in una recente riflessione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2007 e CATALDI, *Il problematico inserimento delle class actions nell’ordinamento italiano*, in *Quest. Giust.*, 2005.

di interessi e diritti, ossia di situazioni giuridiche soggettive in senso lato, unitariamente e in forma aggregata.

Le ragioni di una tale impostazione erano assai semplici.

In primo luogo, non si comprendeva come si sarebbe potuta accettare una miriade di trattazioni processuali che vertessero, approssimativamente, sugli stessi fatti. Finendo così tra l'altro per ignorare una situazione di connessione oggettiva impropria²⁵³.

In secondo luogo, e in via derivata si voleva evitare che in un'ipotesi del genere si arrivasse all'emanazione di sentenze dai risultati notevolmente differenti nonostante la base giuridica e fattuale fosse praticamente la stessa, andando così a vanificare parte degli obbiettivi dello stesso sistema normativo, la sua coerenza globale, l'uguaglianza di fronte alla legge e l'effettività della tutela giurisdizionale.

Da ultimo va segnalata la necessità più pratica e pragmatica di evitare un aggravio al nostro già inflazionato e precario sistema giudiziario, mossi da intenti deflattivi del contenzioso giurisdizionale civile.

Se questa erano più o meno le premesse giuridiche di fondo all'introduzione dell'azione di classe, vi erano però sicuramente ragioni di ordine fattuale e umano. Si era infatti anche arrivati alla maturazione della convinzione che fosse impossibile tollerare ulteriormente, senza possibilità d'intervento, i numerosi soprusi compiuti dagli operatori professionali del mercato nei confronti di quei soggetti che non possedevano la capacità, ed invero neanche la possibilità, di determinarsi in maniera libera e consapevole i propri interessi e senza essere sottoposti ad intromissioni e forzature di alcuna sorta a tal riguardo.

Per tali motivazioni il procedimento consumeristico giurisdizionale collettivo è stato ulteriormente innovato con una nuova disciplina legislativa, la numero 31 del 12 aprile del 2019, rubricata "Disposizioni in materia di azione di classe".

²⁵³ Si parla di connessione oggettiva impropria quando la decisione della causa dipende dalla soluzione di identiche questioni, totalmente o anche solo parzialmente.

2. L. 31 del 12 aprile 2019: “Disposizioni in materia di azione di classe”.

La novella riforma normativa è risultata essere stata predisposta secondo una disciplina soddisfacentemente ricca, completa e articolata²⁵⁴.

Tale legge, per quanto di apprezzabile fattura, non è stata però redatta per diventare immediatamente valida nel nostro ordinamento. Infatti, così come previsto dall’articolo 7 “Entrata in vigore”²⁵⁵ della stessa legge, essa sarà applicabile trascorso un anno dalla sua pubblicazione e possiede un impatto considerevole sull’istituto in questione.

La prima delle innovazioni della recentissima disciplina è quella dell’inserimento del procedimento dell’azione di classe all’interno del Codice di procedura civile, con la contestuale abrogazione degli articoli 139, 140 e 140- *bis* del codice del consumo.

È questa una novità non tanto dal valore sostanziale quanto piuttosto da quello emblematico, in quanto finalmente si inserisce nel codice processualistico il riferimento e la possibilità d’utilizzazione di un procedimento di tutela collettivo la cui assenza era apparsa²⁵⁶ ingiustificata e sintomo di una grave carenza e lacuna normativa all’interno della disciplina processuale e dell’ordinamento normativo nazionale.

Per la realizzazione della normativa del 2019 è stato appositamente introdotto il titolo VIII-*bis* del quarto libro del codice di procedura sull’azione di classe, rubricato «*Dei procedimenti collettivi*», dove vengono inseriti 15 articoli, dall’840-*bis* all’840-*sexiesdecies*, che disciplinano il nuovo modello di procedimento giurisdizionale collettivo.

²⁵⁴ Per un commento sulla recentissima disciplina collettiva si guardi SASSANI, *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di Testi di Davide Amedei, Fabio Cossignani, Angelo Danilo De Santis, Romolo Donzelli, Riccardo Fratini, Andrea Giussani, Giulia Mazzaferro, Chiara Petrillo, in *Judicium.it*, luglio 2019.

²⁵⁵ Testo integrale art. 7 l. 31/19 : «Al fine di consentire al Ministero della giustizia di predisporre le necessarie modifiche dei sistemi informativi per permettere il compimento delle attività processuali con modalità telematiche, le disposizioni di cui alla presente legge entrano in vigore decorsi dodici mesi dalla pubblicazione della medesima legge nella Gazzetta Ufficiale.

Le disposizioni della presente legge si applicano alle condotte illecite poste in essere successivamente alla data della sua entrata in vigore. Alle condotte illecite poste in essere precedentemente continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti prima della medesima data di entrata in vigore.».

²⁵⁶ A tal riguardo si veda RUPERTO, *L’azione collettiva risarcitoria in Italia: osservazioni de iure condendo*, in *Giust. Civ.*, 2008, 11, pag. 501.

Il valore simbolico di un tale cambiamento, oltre alla fuoriuscita dell'azione dal codice del consumo, si coglie anche dall'assenza nelle nuove disposizioni di legge di un qualsiasi riferimento alla categoria consumeristica, ove infatti la parola "consumatore" non appare in nessuna circostanza e neanche in una singola occasione.

Siamo quindi, evidentemente, di fronte non solo all'introduzione di una moderna e ulteriore disciplina normativa ma a un cambiamento strutturale, che appunto si riversa nel dato linguistico, del modo di intendere il procedimento collettivo. Quest'ultimo viene infatti disancorato dal collegamento con la disciplina consumeristica per fargli assumere quel carattere generale e astratto che si ritiene sia maggiormente proprio e conforme con la natura dell'azione di classe, nonché ritengo, della legge in generale. Tale visione risulta inoltre e infine essere corroborata dalla strutturazione e dal linguaggio delle novelle disposizioni normative.

In questa sede ci si accingerà pertanto a riscontrare questo cambiamento di mentalità e di concezione del procedimento collettivo all'interno delle singole disposizioni di maggior rilievo della neonata legge, offrendone inoltre un raffronto con quelle delle precedenti discipline in modo da comprenderne l'effettivo e reale funzionamento.

2.1 L'ambito di applicazione.

Il primo articolo del novello *corpus* normativo, l'840-*bis*²⁵⁷, denominato «*Ambito di applicazione*», fa aprire la disposizione di legge con una delimitazione generale del suo ambito di applicazione sia da un punto di vista oggettivo e che da quello soggettivo.

²⁵⁷ Testo integrale art. 840- *bis* : «I diritti individuali omogenei sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le disposizioni del presente titolo.

A tale fine, un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela dei predetti diritti o ciascun componente della classe può agire nei confronti dell'autore della condotta lesiva per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. Ai fini di cui al periodo precedente, ferma la legittimazione di ciascun componente della classe, possono proporre l'azione di cui al presente articolo esclusivamente le organizzazioni e le associazioni iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia.

L'azione di classe può essere esperita nei confronti di imprese ovvero nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività. Sono fatte salve le disposizioni in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici.

Per prima cosa, al primo comma viene stabilito quali diritti sono concretamente suscettibili di tutela attraverso l'azione di classe, mantenendo, fortunatamente il criterio dell'omogeneità²⁵⁸. L'innovazione di maggior rilievo risulta però essere la mancanza di un qualsiasi tipo di riferimento a situazione e fattispecie specifiche per le quali è possibile adire l'autorità giudiziaria. La conseguenza è che la mancata menzione delle categorie in rapporto alle quali sia possibile l'esperimento della tutela, come quella contrattuale, quella dei consumatori finali di un determinato prodotto e quella delle pratiche commerciali scorrette e anticoncorrenziali, comporti un'applicazione generale e *tout court* dell'istituto in parola. In questo modo viene notevolmente ampliata la casistica oggettiva, nonché il numero dei soggetti lesi richiedenti una pretesa risarcitorio-restitutoria, comportando conseguentemente, in maniera derivata, un aumento dell'effettività della tutela sostanziale e giurisdizionale.

Per quanto riguarda invece la legittimazione attiva a proporre tale tipologia d'azione, viene mantenuto il dualismo che si era affermato alla fine del tortuoso e travagliato *iter* legislativo²⁵⁹, ossia attribuendo tale facoltà sia individualmente a ciascun componente della classe, sia ad organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro, a patto che tale facoltà sia inserita espressamente nei propri obbiettivi statuari e che siano iscritte in un elenco pubblico presso il Ministero di giustizia²⁶⁰.

Come previsto nelle precedenti disposizioni, i convenuti dell'azione potranno essere sia imprese che enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ai propri atti.

In ogni caso, resta fermo il diritto all'azione individuale, salvo quanto previsto all'articolo 840-*undecies*, nono comma.

Non è ammesso l'intervento dei terzi ai sensi dell'articolo 105.

Nel caso in cui, a seguito di accordi transattivi o conciliativi intercorsi tra le parti, vengano a mancare in tutto le parti ricorrenti, il tribunale assegna agli aderenti un termine, non inferiore a sessanta giorni e non superiore a novanta giorni, per la prosecuzione della causa, che deve avvenire con la costituzione in giudizio di almeno uno degli aderenti mediante il ministero di un difensore. Nel caso in cui, decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo, non avvenga la prosecuzione del procedimento, il tribunale ne dichiara l'estinzione. A seguito dell'estinzione, resta comunque salvo il diritto all'azione individuale dei soggetti aderenti oppure all'avvio di una nuova azione di classe.»

²⁵⁸ Per una miglior distinzione sul significato di “omogeneità” GIUSSANI, *Intorno alla tutelabilità con l'azione di classe dei soli diritti «omogenei»*, in *Giur. it.*, 2014, 3, pag. 603.

²⁵⁹ DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013, p. 532.

²⁶⁰ L'adozione del decreto in questione non si è ancora avuta e risulta essere attesa entro ottobre 2020. Sarà richiesto il parere delle commissioni parlamentari competenti. Tale decreto ministeriale stabilirà i requisiti per l'iscrizione nell'elenco, i criteri per la sospensione e la cancellazione degli iscritti, il contributo dovuto ai fini dell'iscrizione e del mantenimento della stessa, nonché le modalità di aggiornamento dell'elenco.

Infine, risulta essere confermata l'esclusione dell'intervento volontario di terzi *ex art. 105 c.p.c.*, comportando in tal maniera che l'unica modalità d'ingresso nel procedimento collettivo concessa dal legislatore sia quella attraverso l'adesione all'azione di classe.

2.2. La forma e l'ammissibilità della domanda.

Il secondo articolo della legge, l'840- *ter*²⁶¹, riguarda la forma e il preliminare procedimento del vaglio di ammissibilità previsto per il corretto svolgimento dell'azione collettiva.

²⁶¹ Testo integrale art. 840- *ter* : «La domanda per l'azione di classe si propone con ricorso esclusivamente davanti alla sezione specializzata in materia di impresa competente per il luogo ove ha sede la parte resistente.

Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, è pubblicato, a cura della cancelleria ed entro dieci giorni dal deposito del decreto, nell'area pubblica del portale dei servizi telematici gestito dal Ministero della giustizia, in modo da assicurare l'agevole reperibilità delle informazioni in esso contenute.

Il procedimento è regolato dal rito sommario di cognizione di cui agli articoli 702-*bis* e seguenti ed è definito con sentenza, resa nel termine di trenta giorni successivi alla discussione orale della causa. Non può essere disposto il mutamento del rito. Entro il termine di trenta giorni dalla prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. Restano ferme le disposizioni del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3.

La domanda è dichiarata inammissibile:

- a) quando è manifestamente infondata;
- b) quando il tribunale non ravvisa omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi dell'articolo 840-*bis*;
- c) quando il ricorrente versa in stato di conflitto di interessi nei confronti del resistente;
- d) quando il ricorrente non appare in grado di curare adeguatamente i diritti individuali omogenei fatti valere in giudizio.

L'ordinanza che decide sull'ammissibilità è pubblicata, a cura della cancelleria, nell'area pubblica del portale dei servizi telematici di cui al secondo comma, entro quindici giorni dalla pronuncia.

Quando l'inammissibilità è dichiarata a norma del quarto comma, lettera a), il ricorrente può riproporre l'azione di classe quando si siano verificati mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto.

L'ordinanza che decide sull'ammissibilità dell'azione di classe è reclamabile dalle parti davanti alla Corte di appello nel termine di trenta giorni dalla sua comunicazione o dalla sua notificazione, se anteriore. Sul reclamo la Corte di appello decide, in camera di consiglio, con ordinanza entro trenta giorni dal deposito del ricorso introduttivo del reclamo. In caso di accertamento dell'ammissibilità della domanda, la Corte di appello trasmette gli atti al tribunale adito per la prosecuzione della causa. Il reclamo avverso le ordinanze ammissive non sospende il procedimento davanti al tribunale.

Con l'ordinanza di inammissibilità e con quella che, in sede di reclamo, conferma l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese.»

Viene previsto al primo comma di tale articolo che ai fini del proponimento di detta azione venga esperita, con ricorso²⁶², la domanda alla sezione specializzata in materia d'impresa al tribunale competente territorialmente in ragione della sede dell'impresa convenuta. In tal maniera è stato recuperato il naufragato tentativo del testo legislativo del 2012 di assegnazione della causa attraverso un pragmatico criterio per materia²⁶³ alla sezione specializzata del Tribunale delle imprese.

L'attribuzione delle cause relative alle azioni di classe a questo foro esclusivo è dovuta sia a scelte di carattere pratico, sia alla fuoriuscita del procedimento collettivo dal codice del consumo, con la derivante disapplicazione dell'utilizzo del foro esclusivo consumeristico.

Il procedimento di questa "fase" preliminare si svolge a norma degli articoli dal 702- *bis* al 702- *quater* del c.p.c., ossia attraverso il rito alternativo del processo sommario di cognizione.

Una tale scelta è dovuta alle esigenze pratiche di una celere trattazione del vaglio dell'ammissibilità della causa e allo stesso tempo deflative del contenzioso giurisdizionale per le azioni esperite temerariamente e pretestuosamente.

Com'è noto infatti, il rito in questione, applicabile a questioni che non presentino punti controversi, eccessivamente complessi o che necessitino di un'istruzione probatoria piena, garantisce una tutela cognitiva piena ed esauriente, la cui sommarietà riguarda solamente il procedimento, caratterizzato strutturalmente da una maggiore deformalizzazione, semplificazione e snellezza²⁶⁵.

Dalla scelta di un tale rito discende necessariamente un quesito, ossia se esso sia in concreto idoneo tutelare in maniera effettiva coloro che agiscono attraverso l'azione di classe o se invece comporti un'ingiustificata diminuzione e abbassamento delle garanzie processuali.

Seppur parte della dottrina sia dell'idea che la scelta del procedimento alternativo all'ordinario procedimento di cognizione civile comporti un discostamento dai fondamentali diritti di difesa²⁶⁶, altri orientamenti propendono invece a favore dell'applicazione del rito in questione alle azioni di classe, identificando come un tale rito «*in concreto finirà con l'essere utilizzato nella prassi giudiziaria soprattutto per decidere controversie seriali*»²⁶⁷.

²⁶² La cui conseguenza, così come negli altri riti "da ricorso", è che la litispendenza sarà determinata con ogni suo effetto dal momento di deposito dello stesso nella cancelleria del giudice competente. Corte Cass., 12 marzo 2007, n. 5699.

²⁶³ In tali ipotesi dunque sarà competente la sezione speciale del tribunale del luogo ove il convenuto ha la sede secondo il normale utilizzo complementare dei criteri per materia e per territorio.

²⁶⁵ PROTO PISANI, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, in *Foro it.*, 2002, V, pag. 17 e ss..

²⁶⁶ Su tutti si veda PROTO PISANI, *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, in *Foro it.*, 2007, V.

²⁶⁷ GIORDANO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. merito*, fasc.5, 2009, pag. 1210B.

Una tale scelta procedimentale è di solito dovuta a motivazioni differenti, spesso a ragioni di ordine pratico²⁶⁸, altre volte per l'avvertita esigenza di una definizione in tempi brevissimi del procedimento²⁶⁹, mentre altre ancora per la semplicità della questione o l'immediata evidenza della fondatezza della domanda²⁷⁰.

In tutti questi casi la compressione del diritto di difesa dipesa da un tale rito è ritenuta giustificata dalla sua non obbligatorietà e dalla scelta della parte che consapevolmente decide di sottoporre la controversia alle regole particolari in esso previste. In altri termini la limitazione dei diritti processuali derivante dalla scelta dell'alternativo procedimento sommario di cognizione viene solitamente giustificata in base alla preferenza optata dall'attore che appunto scientemente e volontariamente incardina la propria controversia con un rito differente da quello ordinario.

Se, come si crede, una siffatta impostazione sia da condividere ci si chiede in primo luogo come mai nella stesura della nuova disciplina dell'azione di classe il legislatore abbia optato per l'applicazione vincolata di un tale rito e secondariamente, anche se non per importanza, se quindi non si possa, e forse addirittura debba, dubitare della legittimità costituzionale del terzo comma dell'articolo 840-*ter* per la violazione delle fondamentali garanzie di difesa previste a livello costituzionale.

Infatti, nella sua stesura di detto articolo non solo si statuisce quale sia il rito da applicare *ab initio* nelle ipotesi in cui sia esperito un procedimento collettivo ma anzi, viene ulteriormente disposto che non vi possa essere un suo successivo mutamento, vincolando così in maniera definitiva tutti i soggetti presenti in tutti i procedimenti collettivi a seguire tale rito.

L'unica giustificazione che si può certamente attribuire a tal riguardo è considerare la scelta del legislatore come di carattere eminentemente pragmatico in quanto limita l'applicazione del procedimento sommario alla sola fase preliminare dell'ammissibilità della domanda e quindi all'esigenza di definire in tempi brevi, precisamente entro trenta giorni dalla prima udienza, se possa essere in concreto esperita l'azione di classe, evitando così che le lungaggini giudiziarie abbiano effetti pregiudizievoli e distorsivi nel mercato a discapito sia della classe che del soggetto convenuto.

²⁶⁸ PROTO PISANI, *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, op. cit., pag. 45. L'autore rileva come in realtà l'introduzione nel nostro ordinamento del procedimento sommario di cognizione sia in gran parte dipesa da ragioni ordinamentali ed organizzative, ossia dall'esigenza di velocizzare i procedimenti giudiziari per cercare di alleggerire il carico dei tribunali ed evitare il collasso dell'intero sistema giurisdizionale

²⁶⁹ Ci si riferisce in questo caso al suo utilizzo nei procedimenti cautelari.

²⁷⁰ Ci si riferisce in questo caso ai procedimenti sommari di ingiunzione e di convalida di sfratto.

A tal riguardo, poiché connessa alla problematica della tempistica processuale, si accenna che vi è in questa fase una possibilità di sospensione del procedimento. Al giudice del procedimento è infatti attribuita la facoltà di sospensione qualora sui fatti rilevanti ai fini della decisione sull'ammissibilità sia contestualmente aperta un'istruttoria di una delle Autorità indipendenti o un giudizio devoluto alla giurisdizione amministrativa.

Tale norma risulta avere il pregio di predisporre una disciplina di raccordo fra i differenti procedimenti che potrebbero essere esperiti davanti ad organi diversi sui medesimi fatti o atti compiuti da un determinato soggetto. La sua *ratio* è probabilmente da identificarsi nella maggiore e migliore conoscenza tecnica posseduta dall'*equipe* incaricata di svolgere l'istruttoria per le autorità indipendenti ed il giudice amministrativo così come era già stato in precedenza accennato.

Per quanto riguarda propriamente le ipotesi di pronuncia dell'inammissibilità dell'azione di classe, nella riformata disciplina vengono mantenute le stesse quattro situazioni che erano già state delineate e riscontrate nella precedente disciplina.

Viene infatti previsto che il giudice possa dichiarare inammissibile l'azione e chiudere immediatamente in rito il processo :

«a) quando è manifestamente infondata;

b) quando il tribunale non ravvisa omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi dell'articolo 840-bis;

c) quando il ricorrente versa in stato di conflitto di interessi nei confronti del resistente;

d) quando il ricorrente non appare in grado di curare adeguatamente i diritti individuali omogenei fatti valere in giudizio.»

In questa resa però, a differenza di quanto previsto nel sistema attualmente in funzione, nel caso in cui sia dichiarata l'inammissibilità dell'azione in virtù della lettera a), ossia la manifesta infondatezza, viene espressamente inserita nel quinto comma dell'articolo la possibilità di riproposizione dell'azione nel caso si verificano mutamenti delle circostanze o possano essere dedotte nuove motivazioni, in fatto o in diritto, a sostegno della propria pretesa.

Una tale disposizione, all'avviso di chi scrive, deve essere salutata positivamente dagli interpreti in materia.

Seppur la norma non abbia adottato una soluzione innovativa, di talché il risultato risultava già perseguibile in via interpretativa, essa ha l'indubbio pregio di dimostrare ancora una volta l'approccio paternalistico dimostrato dal legislatore che in questo caso appositamente si premura di prevedere

che con la dichiarazione di inammissibilità non si perda la possibilità di adire nuovamente l'autorità giudiziaria²⁷¹.

Le ragioni dell'inserimento di una tale prescrizione sono da riscontrarsi sul piano pratico e casistico. Essa infatti risulta essere una reazione dovuta alle numerose declaratorie contrarie all'ammissibilità dei procedimenti collettivi che si sono avute dalla loro entrata nel nostro ordinamento giuridico ad oggi.

Così come nella versione del 2012 viene previsto un sistema di reclamo dell'ordinanza con cui venga dichiarata l'ammissibilità o l'inammissibilità. È infatti prevista la sua reclamabilità nel termine, piuttosto breve, di trenta giorni davanti alla corte d'appello che, nello stesso termine, ha l'obbligo di pronunciarsi a tal riguardo e se del caso rimettere gli atti di causa al tribunale per la prosecuzione della causa.

Da ultimo va segnalato che il reclamo avverso le ordinanze ammissive dell'azione non sospende il giudizio davanti al tribunale e che con tutti i procedimenti, indipendentemente dal giudice di provenienza, con cui si chiuda ritualmente il procedimento essendo intervenuta una dichiarazione di inammissibilità vi è anche la contestuale regolazione delle spese processuali.

2.3. Il procedimento.

Una volta conclusa la fase preliminare relativa all'ammissibilità dell'azione di classe, il procedimento collettivo inizia ad entrare nel vivo passando al successivo stadio di trattazione vera e propria.

A preoccuparsi della strutturazione procedimentale del processo di classe è articolo 840-*quinquies*²⁷², rubricato per l'appunto «*Procedimento*», nel quale viene delineato il secondo momento fondamentale dell'azione di classe ovvero quello dell'adesione.

²⁷¹ Occorre segnalare che tale disciplina dell'inammissibilità risulta essere decisamente più articolata di quella predisposta per il vaglio preliminare di altre circostanze. A riguardo si facciano gli esempi degli articoli 340-*bis* e 365 relativi, rispettivamente, al filtro in appello e a quello in Cassazione. Entrambe le norme citate predispongono una disciplina più scarna rispetto a quella prevista per il vaglio di ammissibilità dell'azione di classe, in quanto prevedono genericamente la dichiarazione di inammissibilità per ipotesi di manifesta infondatezza della domanda o altre ipotesi minori.

²⁷² Testo integrale art. 840-*quinquies* : «Con l'ordinanza con cui ammette l'azione di classe, il tribunale fissa un termine perentorio non inferiore a sessanta giorni e non superiore a centocinquanta giorni dalla data di pubblicazione

dell'ordinanza nel portale dei servizi telematici di cui all'articolo 840-*ter*, secondo comma, per l'adesione all'azione medesima da parte dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei e provvede secondo quanto previsto dall'articolo 840-*sexies*, primo comma, lettera c). Si applica in quanto compatibile l'articolo 840-*septies*. L'aderente non assume la qualità di parte e ha diritto ad accedere al fascicolo informatico e a ricevere tutte le comunicazioni a cura della cancelleria. I diritti di coloro che aderiscono a norma del presente comma sono accertati secondo le disposizioni di cui all'articolo 840-*octies*, successivamente alla pronuncia della sentenza che accoglie l'azione di classe.

Il tribunale, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del giudizio.

Quando è nominato un consulente tecnico d'ufficio, l'obbligo di anticipare le spese e l'acconto sul compenso a quest'ultimo spettanti sono posti, salvo che sussistano specifici motivi, a carico del resistente; l'inottemperanza all'obbligo di anticipare l'acconto sul compenso a norma del presente comma non costituisce motivo di rinuncia all'incarico.

Ai fini dell'accertamento della responsabilità del resistente il tribunale può avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici.

Su istanza motivata del ricorrente, contenente l'indicazione di fatti e prove ragionevolmente disponibili dalla controparte, sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda, il giudice può ordinare al resistente l'esibizione delle prove rilevanti che rientrano nella sua disponibilità.

Il giudice dispone a norma del quinto comma individuando specificamente e in modo circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prove oggetto della richiesta o dell'ordine di esibizione. La categoria di prove è individuata mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi costitutivi come la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l'oggetto o il contenuto degli elementi di prova di cui è richiesta l'esibizione e che rientrano nella stessa categoria.

Il giudice ordina l'esibizione, nei limiti di quanto è proporzionato alla decisione e, in particolare:

- a) esamina in quale misura la domanda è sostenuta da fatti e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione;
- b) esamina la portata e i costi dell'esibizione;
- c) valuta se le prove di cui è richiesta l'esibizione contengono informazioni riservate, specialmente se riguardanti terzi.

Quando la richiesta o l'ordine di esibizione hanno per oggetto informazioni riservate, il giudice dispone specifiche misure di tutela tra le quali l'obbligo del segreto, la possibilità di non rendere visibili le parti riservate di un documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove, il conferimento ad esperti dell'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata. Si considerano informazioni riservate i documenti che contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone ed imprese, nonché i segreti commerciali.

La parte nei cui confronti è rivolta l'istanza di esibizione ha diritto di essere sentita prima che il giudice provveda.

Resta ferma la riservatezza delle comunicazioni tra gli avvocati incaricati di assistere la parte e il cliente stesso.

Alla parte che rifiuta senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione del giudice o non adempie allo stesso il giudice applica una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 100.000 che è devoluta a favore della Cassa delle ammende.

Attraverso una tale scelta di strutturazione sembra evidente come il nostro legislatore abbia continuato ad optare per una divisione del procedimento collettivo in differenti fasi e come una di queste sia riguardante le modalità di partecipazione da parte dei soggetti differenti dal rappresentante di classe.

La tecnica legislativa utilizzata per l'ingresso nell'azione è sempre quella prevista dal sistema di *opt-in* già conosciuto ed affermato nelle precedenti versioni dell'azione.

Viene infatti previsto che con l'ordinanza di ammissione dell'azione di classe sia anche disposto un termine, il quale può variare da sessanta a centocinquanta giorni, nel quale i soggetti portatori di diritti individuali omogenei a quelli per cui è stata fatta valere la pretesa risarcitoria in giudizio possano aderire all'azione, decidendo di conseguenza di sottoporsi al regime del giudicato da essa scaturente.

Per gli aderenti risulta essere inoltre confermata l'esclusione dell'attribuzione della qualità di parte²⁷³ all'interno del giudizio, al quale dunque rimangono estranei, essendo solo influenzati dagli effetti della decisione.

La possibilità d'adesione risulta però essere disciplinata da una serie di norme dal significato pratico e applicativo non particolarmente chiaro. Al primo comma dell'articolo in questione viene infatti scritto che *«per l'adesione all'azione medesima da parte dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei e provvede secondo quanto previsto dall'articolo 840-sexies, primo comma,*

Salvo che il fatto costituisca reato, alla parte o al terzo che distrugge prove rilevanti ai fini del giudizio il giudice applica una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 a euro 100.000 che è devoluta a favore della Cassa delle ammende.

Ferma restando l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui ai commi undicesimo e dodicesimo, se la parte rifiuta senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione del giudice o non adempie allo stesso, ovvero distrugge prove rilevanti ai fini del giudizio di risarcimento, il giudice, valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce.

Il tribunale accoglie o rigetta nel merito la domanda con sentenza che deve essere pubblicata nell'area pubblica del portale dei servizi telematici di cui all'articolo 840-ter, secondo comma, entro quindici giorni dal deposito.»

²⁷³ Gli aderenti non risultano infatti essere “parte” del processo, e non è ammessa alcuna eccezione: non sono “parte processuale” in quanto non assumono la qualifica di soggetto del processo e allo stesso tempo non sono destinatari degli effetti degli atti svolti al suo interno; non sono “parte formale” in quanto non possono compiere atti all'interno del giudizio; si potrebbe ipotizzare infine una loro qualifica a riguardo come “parte in senso sostanziale”, ossia come titolari del rapporto giuridico dedotto. Tale possibilità viene però esclusa dal punto di vista pratico poiché la situazione soggettiva da loro dedotta risulta essere solo una delle tante, non assumendo perciò un valore preminente nel giudizio tale da giustificare l'attribuzione dello *status* di parte. A riguardo si legga PORCARI, *Le continue oscillazioni dell'azione di classe*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, pag. 1612.

lettera c)». La lettera c) di tale ultima disposizione, riguardante la sentenza di accoglimento dell'azione di classe, a sua volta prevede che il tribunale, con la sentenza con cui accolga l'azione collettiva, definisca «*i caratteri dei diritti individuali omogenei di cui alla lettera b), specificando gli elementi necessari per l'inclusione nella classe dei soggetti di cui alla lettera e)*»

Dal combinato disposto delle due norme risulta un quadro non particolarmente chiaro del progetto voluto dal legislatore che infatti affida, a due momenti distinti e in fasi differenti, la stessa definizione delle omogenee caratteristiche che devono avere i diritti per potersi permettere l'adesione all'azione di classe e per essere correttamente coltivati e fatti valere in giudizio.

Da questa specificazione dei tratti e degli «*elementi necessari*» all'inclusione nel procedimento collettivo sorgono infatti molti dubbi in sede interpretativa e molte risultano essere le domande che una tale disciplina solleva.

La prima questione da risolvere, dalla quale discendono a cascata tutte le altre, è capire quando debba essere effettuata la determinazione della categoria dei diritti omogenei. Distinguiamo alcune ipotesi.

In un primo caso attraverso l'interpretazione più naturale dell'inserimento di un duplice riferimento a tal riguardo, la scelta del legislatore sembrerebbe essere orientata per far operare la definizione della categoria dei diritti suscettibili di entrare a far parte dell'azione di classe in due momenti distinti del procedimento collettivo.

Il primo è destinato in una fase preliminare ed è attuato con l'ordinanza con cui si dichiara l'ammissibilità dell'azione, mentre il secondo è collocato nella fase della decisione della causa con la sentenza che dichiara la condanna del convenuto.

Se così fosse, ci si domanda in primo luogo come mai sia stato previsto tale analogo meccanismo in due fasi distinte in modo da risultare, se non inutile, quanto meno ridondante.

In secondo luogo, ci si chiede se fra il primo e il secondo momento la definizione della categoria dei diritti possa cambiare.

In terzo luogo, propendendo per una risposta positiva alla precedente domanda – in quanto nel caso contrario non si ravviserebbe il senso della predisposizione di un tale meccanismo in due momenti diversi – ci si interroga su quale delle due definizioni prevalga in caso vi sia fra le due un contrasto.

Infine, credendo che la risposta più corretta sia ritenere come definitiva la seconda definizione incorsa, ci si domanda cosa accada nel caso vi siano dei diritti rientranti nel primo schema predisposto e non nel secondo. Sono essi destinati a fuori uscire dal procedimento collettivo? E in tal caso, è fatta

salva la loro riproponibilità? E ancora, come si potrebbe atteggiare in tale ipotesi l'effetto interruttivo della prescrizione avvenuto con l'ingresso nel procedimento?

Sono tutte domande generali ed astratte alle quali il legislatore avrebbe potuto e dovuto dare risposta e che invece finiranno prevedibilmente per essere regolate in base alle esigenze pratiche e fattuali provenienti dal caso concreto.

In una seconda ipotesi, se invece diversamente si propendesse per l'idea di ritenere che tale definizione dei diritti debba essere operata in uno solo dei due momenti delineati dal legislatore, ci si chiede quale sia quello da ritenersi maggiormente opportuno e perché ci sia stato un così grave e sciocco errore ripetitivo nella scrittura della legge.

Tralasciando i numerosi e consistenti dubbi interpretativi che questa infelice scelta legislativa pone, viene stabilito, coerentemente con la celerità che era propria della precedente fase sommaria, che il tribunale proceda, fino ad arrivare alla conclusione della causa, con un'attività istruttoria disciplinata in maniera informale, elastica e snella.

Viene infatti previsto che i giudici possano procedere nel modo da loro ritenuto più opportuno alla stessa trattazione della causa e che lo facciano omettendo ogni formalità che non sia «*essenziale*» al contraddittorio.

2.4 La sentenza d'accoglimento e le modalità di adesione all'azione.

Della sentenza di accoglimento si occupa il già citato articolo 840-*sexies*²⁷⁴, il quale predispose quali siano le statuizioni che un tale atto deve necessariamente contenere.

²⁷⁴ Testo integrale art. 840-*sexies* : «Con la sentenza che accoglie l'azione di classe, il tribunale:

a) provvede in ordine alle domande risarcitorie o restitutorie proposte dal ricorrente, quando l'azione è stata proposta da un soggetto diverso da un'organizzazione o da un'associazione inserita nell'elenco di cui all'articolo 840-*bis*, secondo comma;

b) accerta che il resistente, con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso diritti individuali omogenei;

c) definisce i caratteri dei diritti individuali omogenei di cui alla lettera b), specificando gli elementi necessari per l'inclusione nella classe dei soggetti di cui alla lettera e);

d) stabilisce la documentazione che deve essere eventualmente prodotta per fornire prova della titolarità dei diritti individuali omogenei di cui alla lettera b);

e) dichiara aperta la procedura di adesione e fissa il termine perentorio, non inferiore a sessanta giorni e non superiore a centocinquanta giorni, per l'adesione all'azione di classe da parte dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei di cui alla lettera b) nonché per l'eventuale integrazione degli atti e per il compimento delle attività da parte di

Dalla norma in questione si evince che il tribunale accerti in primo luogo la responsabilità del convenuto nell'aver leso una serie di diritti individuali omogenei e che nel farlo debba dichiarare aperta la procedura di adesione, definendo i caratteri dei diritti per i quali sia possibile effettuare l'intervento nell'azione di classe, la documentazione che può essere prodotta per provare la titolarità e la fondatezza della propria pretesa. Statuisce inoltre sulle eventuali spese che devono essere effettuate da ciascun aderente, a pena dell'inefficacia dell'adesione, per far fronte ai costi della procedura collettiva.

Con tale sentenza vengono inoltre nominati sia il giudice a cui sarà affidata la procedura di adesione, sia il rappresentante comune della classe che verrà scelto fra tutti gli aderenti in possesso dei requisiti per poter diventare curatore fallimentare in caso di successivo dissesto del soggetto convenuto.

Infine, qualora l'azione non sia stata proposta da organizzazioni e associazioni, ma bensì da soggetti singoli, l'accoglimento della domanda dovrà anche contenere il profilo di condanna in base alle domande risarcitorie o restitutorie presentate.

Nel sistema così delineato risulta quindi esserci la presenza di due momenti dove si ha la possibilità di aderire al procedimento collettivo. Il primo è quello già riscontrato nella fase immediatamente successiva alla dichiarazione di ammissibilità dell'azione e il secondo si ha dal momento in cui viene accolta la domanda per la quale l'azione era stata proposta.

Una tale disciplina, che al suo interno veda la concomitante presenza di ben due fasi per l'adesione all'azione di classe, può essere spiegata da diverse tipologie di ragionamenti differenti.

Il primo ordine di motivi risulta essere quello derivante dall'ormai più volte richiamato approccio paternalistico del legislatore nei confronti del procedimento collettivo. Con un tale genere

coloro che hanno aderito a norma dell'articolo 840-*quinquies*, primo comma; il termine decorre dalla data di pubblicazione della sentenza nell'area pubblica del portale dei servizi telematici di cui all'articolo 840-*ter*, secondo comma;

f) nomina il giudice delegato per la procedura di adesione;

g) nomina il rappresentante comune degli aderenti tra i soggetti aventi i requisiti per la nomina a curatore fallimentare;

h) determina, ove necessario, l'importo da versare a cura di ciascun aderente, ivi compresi coloro che hanno aderito a norma dell'articolo 840-*quinquies*, primo comma, a titolo di fondo spese e stabilisce le modalità di versamento.

Il rappresentante comune degli aderenti è pubblico ufficiale. Il giudice delegato può, dopo averlo sentito, revocare il rappresentante comune in ogni tempo con decreto.

Il giudice delegato può in ogni tempo disporre l'integrazione delle somme da versare a cura di ciascun aderente a titolo di fondo spese. Il mancato versamento delle somme rende inefficace l'adesione;

l'inefficacia opera di diritto ed è rilevabile d'ufficio.».

di disposizioni si mira infatti a garantire che possano inserirsi il maggior numero possibile di soggetti nell'azione di classe, così da evitare che ci siano situazioni rimaste prive di tutela

Il secondo motivo ha ragioni ancora una volta pragmatiche, posto che la scelta legislativa è orientata verso l'applicazione del *simultaneus processus* al fine di scongiurare la promozione di più giudizi in un chiaro tentativo deflattivo del contenzioso giurisdizionale.

Una terza categoria di motivazioni è quella di garantire il più alto ed effettivo livello di tutela possibile a tutti i soggetti che si ritrovino ad essere stati lesi da un illecito plurioffensivo. Facendo un accenno a quanto verrà trattato in seguito in relazione all'esperimento di una pluralità di procedimenti collettivi, ciò accade perché una volta scaduto il termine per l'adesione all'azione di classe tutti i soggetti che non vi abbiano partecipato si vedranno preclusa definitivamente la possibilità di una tutela giurisdizionale collettiva a tal riguardo.

Dopo aver quindi appurato la contestuale presenza di due momenti di possibile adesione al procedimento collettivo è necessario andarne ad indagare il concreto funzionamento applicativo.

Il meccanismo di inserimento all'interno dell'azione di classe risulta essere regolato dall'articolo 840- *septies*²⁷⁵, il quale è infatti rubricato «*Modalità di adesione all'azione di classe*».

²⁷⁵ Testo integrale art. 840- *septies* : «L'adesione all'azione di classe si propone mediante inserimento della relativa domanda nel fascicolo informatico, avvalendosi di un'area del portale dei servizi telematici di cui all'articolo 840-*ter*, secondo comma.

La domanda di cui al primo comma, a pena di inammissibilità, deve contenere:

- a) l'indicazione del tribunale e i dati relativi all'azione di classe a cui il soggetto chiede di aderire;
- b) i dati identificativi dell'aderente;
- c) l'indirizzo di posta elettronica certificata ovvero il servizio elettronico di recapito certificato qualificato dell'aderente o del suo difensore;
- d) la determinazione dell'oggetto della domanda;
- e) l'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda di adesione;
- f) l'indice dei documenti probatori eventualmente prodotti;
- g) la seguente attestazione: "Consapevole della responsabilità penale prevista dalle disposizioni in materia di dichiarazioni sostitutive, attesto che i dati e i fatti esposti nella domanda e nei documenti prodotti sono veritieri";
- h) il conferimento al rappresentante comune degli aderenti, già nominato o che sarà nominato dal giudice, del potere di rappresentare l'aderente e di compiere nel suo interesse tutti gli atti, di natura sia sostanziale sia processuale, relativi al diritto individuale omogeneo esposto nella domanda di adesione;
 - i) i dati necessari per l'accredito delle somme che verranno eventualmente riconosciute in favore dell'aderente;
 - l) la dichiarazione di aver provveduto al versamento del fondo spese di cui all'articolo 840-*sexies*, primo comma, lettera h).

L'aderente può produrre, con le modalità di cui al secondo comma, dichiarazioni di terzi, capaci di testimoniare, rilasciate ad un avvocato che attesta l'identità del dichiarante secondo le disposizioni dell'articolo 252; l'avvocato che

La modalità di adesione è fondamentalmente applicata e basata attraverso un fascicolo informatico riguardante il procedimento collettivo promosso. Essa deve contenere alcuni elementi oggettivi e soggettivi, ossia quel «*contenuto minimo*»²⁷⁶, dal quale sia possibile ravvisare una domanda tale da giustificare il ricorso alla tutela giurisdizionale.

Viene quindi all'uopo previsto che debba essere indicato il tribunale dove l'azione di classe è incardinata, nonché i dati relativi ad essa; gli elementi identificativi del soggetto aderente e un recapito di posta elettronica certificato proprio o di un di avvocato; il conferimento del potere di rappresentanza processuale al rappresentante comune, sia se già nominato sia se ancora da nominare; l'oggetto della domanda, i fatti costituenti la propria pretesa, nonché l'eventuale produzione di elementi probatori; sono inoltre previste altre previsioni che assolvono in vario modo altre esigenze formali del processo.

È in questa disciplina che si sostanzia la precedentemente citata mancanza di qualificazione di parte per i soggetti aderenti. Essi, una volta aver provveduto ad indicare gli elementi appena enunciati, ben possono infatti disinteressarsi del proseguo del processo che comunque, a meno che non venga chiuso in rito o che si addivenga ad un accordo transattivo, produrrà nei loro confronti tutti gli effetti del giudicato come se vi avessero attivamente partecipato.

procede a norma del presente comma è considerato pubblico ufficiale ad ogni effetto. Le dichiarazioni di cui al presente comma sono valutate dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento.

La domanda è presentata su un modulo conforme al modello approvato con decreto del Ministro della giustizia, che stabilisce anche le istruzioni per la sua compilazione, ed è presentata a norma dell'articolo 65 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

I documenti probatori sono prodotti mediante inserimento nel fascicolo informatico.

La domanda di adesione produce gli effetti della domanda giudiziale e può essere presentata anche senza il ministero di un difensore.

L'adesione diventa inefficace in caso di revoca del potere di rappresentanza conferito al rappresentante comune a norma del secondo comma, lettera h). L'inefficacia opera di diritto ed è rilevabile d'ufficio. La revoca opponibile all'impresa o all'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità da quando è inserita nel fascicolo informatico. è

Quando l'azione di classe è stata proposta a norma dell'articolo 840-*quater*, l'aderente deve dimostrare di non aver potuto far valere i propri diritti entro i termini ivi previsti.»

²⁷⁶ LUISS, *Diritto processuale*, op. cit., pag. 60.

2.5. La chiusura anticipata del procedimento.

Quindi fino a che i termini della procedura di adesione rimangano aperti chiunque si ritrovi nella situazione di appartenenza descritta per i diritti omogenei potrà liberamente aderire al procedimento collettivo.

Esistono però dei casi in cui la procedura di adesione si chiuda prima della scadenza di detti termini, tali situazioni sono regolate dall'articolo 840- *quinquiesdecies*²⁷⁷, intitolato «*Chiusura della procedura di adesione*».

Tale norma, sembrando recepire l'influenza delle innovazioni che negli ultimi anni sono incorse nella fase giurisdizionale della tutela esecutiva, prevede due fattispecie di chiusura "anticipata" della fase di adesione.

In rapporto al ragionamento fatto precedentemente in questo paragrafo sulla presenza di una duplice fase d'adesione, dalla lettura della norma sembra potersi desumere che tale chiusura della possibilità d'entrata nel procedimento collettivo possa riguardare solo la seconda fase, ossia di quella scaturente dalla sentenza d'accoglimento dell'azione, in quanto è solo in questo secondo momento che vi sia una statuizione riguardante le somme pecuniarie previste come risarcimento o restituzione.

La prima delle due ipotesi riguarda la possibilità che i crediti vantati dagli tutti aderenti siano soddisfatti integralmente. Il legislatore ha previsto che raggiunta una tale ipotesi, ove i creditori aderenti non abbiano più nulla da vantare, il procedimento si chiuda avendo perso la sua principale funzione, quella satisfattiva, ottimizzando in questo modo le risorse giudiziarie in virtù del principio di economia processuale.

Ciò che lascia perplessi però è come sia possibile che il legislatore abbia pensato che si potesse arrivare ad una situazione di completa soddisfazione dell'oggetto dell'azione di classe nella fase dell'ampliamento soggettivo del procedimento, ossia come sia possibile addivenire alla completa

²⁷⁷ Testo integrale art. 840-*quinquiesdecies* : «La procedura di adesione si chiude:

a) quando le ripartizioni agli aderenti, effettuate dal rappresentante comune, raggiungono l'intero ammontare dei crediti dei medesimi aderenti;

b) quando nel corso della procedura risulta che non è possibile conseguire un ragionevole soddisfacimento delle pretese degli aderenti, anche tenuto conto dei costi che è necessario sostenere.

La chiusura della procedura di adesione è dichiarata con decreto motivato del giudice delegato, reclamabile a norma dell'articolo 840-*undecies*.

Gli aderenti riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi.».

soddisfazione di tutti gli aderenti proprio nella fase in cui essi, manifestando la loro volontà di insediarsi nel procedimento, possano ancora far valere l'esistenza di una pretesa.

Ciò che ci si domanda è come possa il legislatore configurare un sistema in cui un soggetto possa vedersi lesa la possibilità d'entrata nel procedimento collettivo a causa della chiusura anticipata quando sia in realtà ancora nella facoltà d'intervento previsto dai normali termini, che ricordiamo essere fra i sessanta e i centocinquanta giorni, dell'adesione. Come può essere stata configurata una tale lacuna nella tutela di tali soggetti? Come verranno trattate le loro situazioni? Siamo forse in presenza di un vuoto di protezione giurisdizionale?

Passando alla seconda ipotesi, la lettera *b*) di tale articolo statuisce che la fase di adesione si chiuda anche «*quando nel corso della procedura risulta che non è possibile conseguire un ragionevole soddisfacimento delle pretese degli aderenti, anche tenuto conto dei costi che è necessario sostenere*». Tale disposizione assomiglia in maniera sorprendente all'articolo 164- *bis*²⁷⁸, aggiunto dal decreto-legge n. 132 del 2014, rubricato *Infruttuosità dell'espropriazione forzata*.

Entrambi gli articoli dipingono infatti un'ipotesi di chiusura anticipata e "atipica" in cui viene previsto che il giudice possa chiudere anzitempo la procedura quando, tenuto conto dei costi che sarà necessario sostenere in relazione alla probabile realizzazione delle pretese, dei creditori o degli aderenti, si ritenga non vi possa essere un loro ragionevole soddisfacimento.

Infine, vanno segnalati gli ultimi due commi dell'articolo *quinqüesdecies*. Il secondo comma prevede la reclamabilità del decreto motivato con cui il giudice dichiara la chiusura anticipata del procedimento d'adesione. Vista la somiglianza fra tale situazione e quella prevista nel processo esecutivo, l'esperibilità del rimedio del reclamo va a supportare l'impostazione interpretativa fornita dalla dottrina, mentre risulta essere contraria a quella data dalla giurisprudenza che, ammettendo il rimedio tipico solo per il provvedimento tipico, prevede la possibilità d'utilizzo dell'opposizione agli atti, *ex art. 617 c.p.c.*²⁷⁹.

L'ultimo comma infine, in completa coerenza con un elevato ed effettivo livello di tutela giurisdizionale, prevede per gli aderenti il riacquisto del libero esercizio di ulteriori azioni verso il debitore per la parte dei loro crediti, ai quali devono essere aggiunti anche gli interessi, non rimasta soddisfatta all'esito del procedimento di classe.

²⁷⁸ Testo integrale art 164- bis : «Quando risulta che non è più possibile conseguire un ragionevole soddisfacimento delle pretese dei creditori, anche tenuto conto dei costi necessari per la prosecuzione della procedura, delle probabilità di liquidazione del bene e del presumibile valore di realizzo, è disposta la chiusura anticipata del processo esecutivo.»

²⁷⁹ CAPPONI, *Manuale di diritto all'esecuzione civile*, Torino, 2017, V ed., pag. 524.

2.6. Il progetto dei diritti individuali omogenei.

L'istituto della chiusura anticipata del procedimento di adesione all'azione di classe non è però l'unico che assomigli, almeno per alcuni tratti, a quanto è oggetto dei procedimenti di fronte al giudice esecutivo.

Esiste infatti un'ulteriore situazione che viene disciplinata in maniera simile ai procedimenti operanti nella fase esecutiva della tutela giurisdizionale, la quale riguarda il "progetto dei diritti individuali omogenei".

Tale prospetto risulterebbe essere simile ad un piano di riparto dei crediti, utile alla classificazione delle adesioni che sarà destinata ad operare all'interno del procedimento di classe.

Tale circostanza risulta essere disciplinata dall'articolo 840-*octies*²⁸⁰, il quale riguarda una facoltà concessa al "convenuto-debitore", ossia di colui che all'esito della causa venga riconosciuto come autore colpevole di una condotta illecita ai danni dei membri della classe, di prendere posizione, attraverso una memoria, sui fatti posti alla base delle pretese risarcitorie degli aderenti e di contestarli.

²⁸⁰ Testo integrale art. 840-*octies* c.p.c.: «Entro il termine perentorio di centoventi giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 840-*sexies*, primo comma, lettera e), il resistente deposita una memoria contenente le sue difese, prendendo posizione sui fatti posti dagli aderenti a fondamento della domanda ed eccependo i fatti estintivi, modificativi o impeditivi dei diritti fatti valere dagli aderenti. I fatti dedotti dagli aderenti e non specificatamente contestati dal resistente nel termine di cui al presente comma si considerano ammessi.

Il rappresentante comune degli aderenti, entro novanta giorni dalla scadenza del termine di cui al primo comma, predispose il progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti, rassegnando per ciascuno le sue motivate conclusioni, e lo deposita; il progetto è comunicato agli aderenti e al resistente. Il rappresentante comune può chiedere al tribunale di nominare uno o più esperti di particolare competenza tecnica che lo assistano per la valutazione dei fatti posti dagli aderenti a fondamento delle domande.

Il resistente e gli aderenti, entro trenta giorni dalla comunicazione di cui al secondo comma, possono depositare osservazioni scritte e documenti integrativi. Nella procedura di adesione non sono ammessi mezzi di prova diversi dalla prova documentale.

Il rappresentante comune, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di cui al terzo comma, apporta le eventuali variazioni al progetto dei diritti individuali omogenei e lo deposita nel fascicolo informatico.

Il giudice delegato, con decreto motivato, quando accoglie in tutto o in parte la domanda di adesione, condanna il resistente al pagamento delle somme o delle cose dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento o di restituzione. Il provvedimento costituisce titolo esecutivo ed è comunicato al resistente, agli aderenti, al rappresentante comune e ai difensori di cui all'articolo 840-*novies*, sesto e settimo comma.

A favore del difensore di cui l'aderente si sia avvalso è dovuto un compenso determinato con decreto del Ministro della giustizia, adottato a norma dell'articolo 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247.».

Viene infatti previsto che il convenuto-resistente entro il termine perentorio di centoventi giorni dalla chiusura del procedimento di adesione di cui all'articolo 840-*sexies* lett. e), depositi una memoria contenente le sue difese, nella quale prenda posizione sulle domande degli aderenti, eccependo i fatti estintivi, modificativi o impeditivi ai diritti ad esse sottesi.

Un tale istituto, che vede come figura chiave il “convenuto-debitore”, risulta configurare un meccanismo incredibilmente simile a quello previsto dal quinto comma dell'articolo 499²⁸¹ del Codice di procedura civile relativo all'intervento dei creditori nel processo esecutivo.

Questo ultimo articolo configura un vero e proprio *sub*-procedimento dove il debitore è al centro del procedimento di verifica dell'effettiva esistenza dei diritti fatti valere dai creditori e del loro ammontare.

Tale accertamento, avente valore puramente endoprocedurale, tende a provocare un comportamento del debitore, sarebbe a dire una sua semplice dichiarazione, grazie alla quale si avrà una classificazione dei diritti oggetto dell'esecuzione. Il risultato pratico risulta essere di far cadere sul debitore la decisione sull'ammissione al riparto di quali crediti e in che misura²⁸².

Seppur con le dovute differenze risultanti dalla differente natura del procedimento, i due istituti in parola sembrano assomigliarsi davvero considerevolmente.

A surrogare una tale impostazione è inoltre da rilevare la presenza di ulteriore similitudine di assoluta rilevanza, sarebbe a dire la contestuale esistenza in entrambi i meccanismi previsti di una presunzione conseguente ad un comportamento negativo del debitore.

²⁸¹ Testo integrale dell'art. 499 c.p.c. comma quinto: «Con l'ordinanza con cui è disposta la vendita o l'assegnazione ai sensi degli articoli 530, 552 e 569 il giudice fissa, altresì, udienza di comparizione davanti a sé del debitore e dei creditori intervenuti privi di titolo esecutivo, disponendone la notifica a cura di una delle parti. Tra la data dell'ordinanza e la data fissata per l'udienza non possono decorrere più di sessanta giorni. All'udienza di comparizione il debitore deve dichiarare quali dei crediti per i quali hanno avuto luogo gli interventi egli intenda riconoscere in tutto o in parte, specificando in quest'ultimo caso la relativa misura. Se il debitore non compare, si intendono riconosciuti tutti i crediti per i quali hanno avuto luogo interventi in assenza di titolo esecutivo. In tutti i casi il riconoscimento rileva comunque ai soli effetti dell'esecuzione. I creditori intervenuti i cui crediti siano stati riconosciuti da parte del debitore partecipano alla distribuzione della somma ricavata per l'intero ovvero limitatamente alla parte del credito per la quale vi sia stato riconoscimento parziale. I creditori intervenuti i cui crediti siano stati viceversa disconosciuti dal debitore hanno diritto, ai sensi dell'articolo 510, terzo comma, all'accantonamento delle somme che ad essi spetterebbero, sempre che ne facciano istanza e dimostrino di avere proposto, nei trenta giorni successivi all'udienza di cui al presente comma, l'azione necessaria affinché essi possano munirsi del titolo esecutivo.»

²⁸² CAPPONI, *Manuale di diritto*, op. cit., da pag. 307 a 313.

Nel procedimento collettivo, così come in maniera analoga avviene nel processo esecutivo, seppur con le dovute variazioni, è infatti previsto che i fatti dedotti dagli aderenti che non siano oggetto di specifiche contestazioni da parte del resistente, nei termini previsti, si considerano come non obbiettati e come tali pacifici.

Ritornando alla trattazione del progetto dei diritti che si ha all'interno dell'azione di classe, viene previsto che, entro novanta giorni dal deposito della memoria di contestazione da parte del resistente, il rappresentante comune degli aderenti debba predisporre, potendo farsi assistere da esperti di particolare competenza tecnica nominati dal tribunale, e depositare un progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti.

Tale progetto, il quale deve essere rassegnato con conclusioni motivate per ciascuno dei diritti fatti valere degli aderenti, sembra avere lo scopo di permettere una semplificazione e razionalizzazione del pagamento delle successive somme dovute a titolo risarcitorio o restitutorio.

Contro di esso sia gli aderenti che il resistente possono presentare osservazioni scritte e documenti integrativi nel termine di trenta giorni dal suo deposito.

Sarà poi il giudice delegato che con decreto motivato, andando ad accogliere in tutto o in parte la domanda di adesione, condannerà il resistente sulla base di quanto prospettato dal piano di riparto.

Da ultimo, tale provvedimento costituisce titolo esecutivo che deve essere comunicato al resistente, al rappresentante comune, agli aderenti e al difensore del ricorrente, nonché a quelli dei procedimenti collettivi che sono stati successivamente riuniti.

2.7. Le spese del procedimento.

Una regolamentazione discretamente nutrita è fornita anche per la materia delle spese del procedimento che si lega al progetto dei diritti individuali di cui si è appena trattato. Su di esse decide con il decreto motivato il giudice delegato con cui condanna il ricorrente al pagamento delle somme dovute, le quali sono basate appunto su tale progetto.

In tale disciplina viene infatti per fortuna inserito un regime di asimmetria nella liquidazione delle spese del procedimento che era stato auspicato fortemente da una parte della dottrina²⁸³.

²⁸³ A riguardo si veda GIUSSANI, *Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, op. cit..

Tale disciplina viene prevista dall'articolo 840-*novies*²⁸⁴, che prevede l'obbligo per il giudice di condannare il resistente al pagamento di una somma a titolo di compenso direttamente al rappresentante comune degli aderenti, il quale dovrà essere stabilito in misura progressiva sulla base del numero dei componenti della classe e dei parametri percentuali, stabiliti per diverse fasce di partecipazione, inseriti direttamente nel presente articolo.

Tali percentuali, che possono essere modificate esclusivamente con un decreto del Ministero di giustizia, devono essere calcolate sull'importo complessivo dovuto a tutti gli aderenti.

Viene poi anche prevista la possibilità di un rimborso autonomo per tutte le spese sostenute di cui sia fornita la documentazione.

²⁸⁴ Testo integrale art. 840- *novies* : «Con il decreto di cui all'articolo 840-*octies*, quinto comma, il giudice delegato condanna altresì il resistente a corrispondere direttamente al rappresentante comune degli aderenti, a titolo di compenso, un importo stabilito in considerazione del numero dei componenti la classe in misura progressiva:

- a) da 1 a 500, in misura non superiore al 9 per cento;
- b) da 501 a 1.000, in misura non superiore al 6 per cento;
- c) da 1.001 a 10.000, in misura non superiore al 3 per cento;
- d) da 10.001 a 100.000, in misura non superiore al 2,5 per cento;
- e) da 100.001 a 500.000, in misura non superiore all'1,5 per cento;
- f) da 500.001 a 1.000.000, in misura non superiore all'1 per cento;
- g) oltre 1.000.000, in misura non superiore allo 0,5 per cento.

Le percentuali di cui al primo comma sono calcolate sull'importo complessivo dovuto a tutti gli aderenti. Le percentuali di cui al primo comma possono essere modificate con decreto del Ministro della giustizia.

È altresì dovuto il rimborso delle spese sostenute e documentate.

L'autorità giudiziaria può aumentare o ridurre l'ammontare del compenso liquidato a norma del primo comma in misura non superiore al 50 per cento, sulla base dei seguenti criteri:

- a) complessità dell'incarico;
- b) ricorso all'opera di coadiutori;
- c) qualità dell'opera prestata;
- d) sollecitudine con cui sono state condotte le attività;
- e) numero degli aderenti.

Per quanto non previsto dal primo e dal secondo comma, si applicano le disposizioni in materia di spese di giustizia.

Con il medesimo decreto di cui al primo comma, il giudice delegato condanna altresì il resistente a corrispondere direttamente all'avvocato che ha difeso il ricorrente fino alla pronuncia della sentenza di cui all'articolo 840-*sexies* un importo ulteriore rispetto alle somme dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento e di restituzione. Il già menzionato importo, riconosciuto a titolo di compenso premiale, è liquidato a norma del primo comma. Tale compenso premiale può essere ridotto in misura non superiore al 50 per cento, sulla base dei criteri stabiliti al quarto comma.

Le disposizioni del sesto comma si applicano anche ai difensori che hanno difeso i ricorrenti delle cause riunite risultati vittoriosi.».

L'ammontare del compenso dovuto al rappresentante comune può però essere sia aumentato che diminuito ad opera del giudice per un importo massimo del cinquanta per cento. Tale variazione deve essere riferita ad una serie di criteri previsti dal quarto comma, i quali sono: «a) complessità dell'incarico; b) ricorso all'opera di coadiutori; c) qualità dell'opera prestata; d) sollecitudine con cui sono state condotte le attività; e) numero degli aderenti.».

Oltre alla somma prevista per il rappresentante comune, tale articolo riconosce la spettanza di un pagamento premiale anche a favore dell'avvocato che abbia rappresentato gli interessi della classe all'interno del procedimento collettivo, nonché per gli altri difensori risultati vittoriosi che abbiano difeso i ricorrenti nelle cause successivamente riunite.

Tale somma viene stabilita con lo stesso decreto della precedente e segue lo stesso regime di liquidazione previsto dal primo comma dell'articolo. Può però infine essere ridotta, in misura non superiore al 50%, sulla base dei criteri sopra citati stabiliti dal quarto comma.

Il quinto comma prevede poi una norma di chiusura contro le lacune normative per tutti i casi non previsti in tale articolo. Essa ammette infatti espressamente l'applicazione sussidiaria, per quanto non disciplinato, della restante disciplina processual civilistica in materia di spese di giustizia.

Concludendo la trattazione del regime delle spese così come stabilita dalla disciplina del 2019 non si può non accennare alla possibilità di inserimento di alcuni ausiliari meccanismi liquidativi di determinazione automatica delle spese che si stanno sviluppando in questi anni nel panorama del nostro ordinamento interno.

A riguardo ci si riferisce ai modelli di predittività giuridica²⁸⁵ basati metodologicamente sul calcolo di algoritmi e parametri obbiettivi rilevati dall'esperienza giudiziaria, i quali permettono di garantire il suggerimento di tendenziali punti di riequilibrio fra gli interessi in gioco. Si tratta quindi di quella tipologia di sistemi matematici che possa permettere una previsione accurata di quanto sia possibile ottenere nel caso si esca vittoriosi da un determinato tipo di procedimento.

Una tale possibilità, oltre ad avere un valore generale per tutto il mondo del diritto, ben potrebbe adattarsi alla natura del procedimento collettivo comportando per essa numerosi benefici pratici e applicativi come potrebbe essere ad esempio permettere di comprendere a priori se abbia senso, da un punto di vista economico, andare ad esperire o meno un procedimento collettivo oppure di facilitare la fase di calcolo e di liquidazione delle somme risarcitorio-restitutorie.

²⁸⁵ Si veda il lavoro svolto dall'ex magistrato D'Aietti, il quale ha portato alla nascita di ben quattro sistemi differenti: ReMida Interessi e rivalutazione, ReMida Danno alla persona, ReMida Usura e ReMida Famiglia.

2.8. L'adempimento spontaneo.

Un ulteriore istituto che risulta essere legato e possedere una connessione con il progetto dei diritti individuali omogenei di cui è appena stata conclusa la trattazione è quello dell'adempimento spontaneo, regolato dall'articolo 840- *duodecies*²⁸⁶.

Tale istituto, come si ricorderà dal secondo capitolo, era stato già precedentemente inserito nelle discipline legislative precedenti, specialmente in quella del 2009, dove si era riscontrato il tentativo da parte del legislatore di ricercare l'attuazione autonoma e volontaria del *dictum* giudiziario, attraverso un meccanismo premiale basato sulla presenza di un termine entro il quale i pagamenti effettuati risultavano esenti di incrementi di sorta.

Una tale disciplina di favore era stata salutata positivamente dalla dottrina e dagli esperti in materia²⁸⁷ e aveva dimostrato di possedere il duplice pregio di comportare un'attuazione maggiormente pedissequa delle statuizioni del giudice e, in un'ottica deflattiva del contenzioso e di economia processuale, di andare ad eliminare ed evitare numerose e fastidiose contestazioni in sede esecutiva.

Se, come sembra essere, le finalità di un tale istituto siano quindi da condividere assolutamente, ci si aspettava che un meccanismo analogo fosse mantenuto e reinserito nelle successive modifiche legislative.

Ciò è senz'altro accaduto, così come si evince dalla presenza del *duodecies* nella riforma, ma sfortunatamente è stato fatto in maniera non propriamente consona.

²⁸⁶ Testo integrale art. 840- *duodecies* : «Quando il debitore provvede spontaneamente al pagamento delle somme stabilite con il decreto di cui all'articolo 840-*octies*, quinto comma, le somme sono versate su un conto corrente bancario o postale intestato alla procedura aperta con la sentenza di cui all'articolo 840-*sexies* e vincolato all'ordine del giudice. Il rappresentante comune degli aderenti deposita con la massima sollecitudine il piano di riparto e il giudice delegato ordina il pagamento delle somme spettanti a ciascun aderente.

Il rappresentante comune, il debitore e gli avvocati di cui all'articolo 840-*novies*, sesto e settimo comma, possono proporre opposizione a norma dell'articolo 840-*undecies*.

Il rappresentante comune deposita la documentazione comprovante i pagamenti effettuati.

Per il compimento dell'attività di cui al presente articolo, al rappresentante comune non spetta alcun ulteriore compenso.».

²⁸⁷ GIUSSANI, *Le azioni di classe dei consumatori delle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, fasc. 1, 1 marzo 2019, pag. 157.

Purtroppo infatti, la nuova resa concreta dell'istituto rischia di andare a mortificare le ragioni stesse e le finalità per cui era stato predisposto, rendendo l'articolo in questione dalla portata applicativa decisamente bassa se non addirittura praticamente inutile.

Nella disciplina prevista dalla novella disposizione legislativa viene infatti previsto solamente che il convenuto-debitore possa provvedere spontaneamente al pagamento delle somme che sono state prospettate e predisposte con il progetto dei diritti individuali omogenei e che tale pagamento sia da effettuarsi nel conto corrente bancario o postale vincolato all'ordine del giudice che era stato intestato alla procedura con la sentenza di accoglimento della domanda collettiva.

Nella norma in esame e nel passaggio alla disciplina del 2019 si è purtroppo perso un qualsiasi tipo di riferimento all'incentivo premiale della mancanza di interessi sulle somme versate spontaneamente nel periodo stabilito. In altri termini si è perso quindi proprio quel valore di impulso e di stimolo dell'istituto in questione che ne consentiva l'applicazione, essendone la ragione e motivazione principe.

Il perché di un tale passo indietro da parte del legislatore nell'ultima disciplina approvata è difficile sia da comprendere che da ipotizzare. Concedendo il beneficio del dubbio, si può al massimo ritenere che una tale scelta legislativa sia stata il frutto, acerbo, di una semplice e mera svista.

Sarà quindi compito degli interpreti andare a prospettare una sua corretta applicazione, anche se decisamente lontana dal valore della parola di legge maggiormente proprio dei sistemi di *civil law*, o al limite di richiederne una successiva e ulteriore modifica legislativa così da ricostituire quel «periodo di grazia»²⁸⁸ che degli ultimi dieci anni.

2.9. Gli accordi di natura transattiva.

Un ulteriore istituto presente ormai da tempo nelle discipline dei procedimenti collettivi e con la dichiarata finalità deflattiva del contenzioso giurisdizionale civile, nonché quella di economia processuale, risulta essere quello degli accordi transattivi interni al processo.

Tali tipologie di accordi erano già state accennate nelle precedenti discipline legislative ma solo in alcune di esse, attraverso un *iter* scostante che ha portato ad un'ulteriore e ultima, per ora, modifica normativa con la recentissima legge 31/2019.

²⁸⁸ CONSOLO, *L'azione di classe*, op. cit., pag. 48.

Ad occuparsi degli accordi transattivi è l'articolo 840-*quaterdecies*²⁸⁹ che li tratta con il solito approccio paternalistico proprio dell'intera disciplina.

Innanzitutto, viene previsto che – ove-possibile – il tribunale formuli una proposta d'accordo transattivo o conciliativo, sino a che la causa non passi all'udienza di discussione orale; il giudice

²⁸⁹ Testo integrale art. 840- *quaterdecies* : «Il tribunale, fino alla discussione orale della causa, formula ove possibile, avuto riguardo al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta del giudice è inserita nell'area pubblica del portale dei servizi telematici di cui all'articolo 840-*ter*, secondo comma, ed è comunicata all'indirizzo di posta elettronica certificata ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato indicato da ciascun aderente.

L'accordo transattivo o conciliativo concluso tra le parti è inserito nell'area pubblica ed è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato indicato da ciascun aderente, il quale può dichiarare di voler accedere all'accordo medesimo mediante dichiarazione inserita nel fascicolo informatico nel termine indicato dal giudice.

Dopo la pronuncia della sentenza di cui all'articolo 840-*sexies*, il rappresentante comune, nell'interesse degli aderenti, può predisporre con l'impresa o con l'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità uno schema di accordo di natura transattiva. Lo schema è inserito nell'area pubblica del portale dei servizi telematici di cui all'articolo 840-*ter*, secondo comma, ed è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato indicato da ciascun aderente.

Entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al terzo comma, ciascun aderente può inserire nel fascicolo informatico le proprie motivate contestazioni allo schema di accordo. Nei confronti degli aderenti che non formulano contestazioni a norma del presente comma, lo schema di accordo si considera non contestato.

Entro trenta giorni dalla scadenza del termine di cui al quarto comma, il giudice delegato, avuto riguardo agli interessi degli aderenti, può autorizzare il rappresentante comune a stipulare l'accordo transattivo.

Il provvedimento del giudice delegato è inserito nell'area pubblica del portale dei servizi telematici di cui all'articolo 840-*ter*, secondo comma, ed è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato indicato da ciascun aderente nonché al ricorrente.

Entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al sesto comma, l'aderente che ha formulato le contestazioni di cui al quarto comma può privare il rappresentante comune della facoltà di stipulare l'accordo transattivo a cui le medesime contestazioni si riferiscono.

L'accordo transattivo autorizzato dal giudice delegato e stipulato dal rappresentante comune costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale e deve essere integralmente trascritto nel precetto ai sensi dell'articolo 480, secondo comma. Il rappresentante comune certifica l'autografia delle sottoscrizioni apposte all'accordo transattivo.

Il ricorrente può aderire all'accordo transattivo entro il termine di cui al settimo comma; in tal caso, l'accordo transattivo costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale anche in suo favore.

Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche quando l'azione è promossa da un'organizzazione o un'associazione inserita nell'elenco di cui all'articolo 840-bis, secondo comma, e l'accordo può avere riguardo anche al risarcimento del danno o alle restituzioni in favore degli aderenti che abbiano accettato o non si siano opposti all'accordo medesimo.».

deve tener conto del valore della controversia in questione e della possibile presenza di questioni di diritto di facile e pronta soluzione.

Rispetto ai tentativi di conciliazione già accennati nel corso del primo capitolo, ossia quello relativo alle controversie di lavoro, regolato dagli artt. da 410 a 412- bis c.p.c., e al tentativo di conciliazione, introdotto dall'art. 10 della l.18 giugno 1998, n. 192, concernente la disciplina del contratto di subfornitura industriale vi sono però alcune divergenze.

Riguardo al primo, quello relativo alle controversie di lavoro, si può notare che la disuguaglianza riguarda i soggetti legittimati a proporre l'accordo. Nel caso del procedimento collettivo si tratta del giudice o delle parti, mentre per quanto riguarda le controversie lavorative tale facoltà è demandata alle associazioni sindacali²⁹⁰ dopo la promozione da parte dei soggetti interessati. La differenza con l'ipotesi prevista nelle fattispecie di subfornitura riguarda invece l'obbligatorietà del tentativo, che, nel procedimento collettivo, sembra doversi considerare come una mera facoltà secondo il dato letterale della norma che stabilisce che vada formulato dal tribunale «*ove possibile*» e che il rappresentante comune «*può*» promuoverlo d'accordo con la controparte.

Ritornando ora ad analizzare la disciplina transattivo-conciliativa previsto per l'azione di classe va detto che la proposta del giudice, così come anche un eventuale accordo raggiunto fra le parti, devono essere inseriti nell'area pubblica del portale dei servizi telematici e comunicate direttamente ai singoli membri aderenti della classe al fine di renderli edotti del loro contenuto.

La comunicazione dell'accordo ha inoltre l'obiettivo di permettere agli aderenti di poter decidere di accedervi mediante dichiarazione telematica nel termine indicato dal giudice delegato del tribunale.

Una successiva ipotesi di proposta di schema transattivo può essere predisposta con l'impresa convenuta o con l'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità dopo che si è addivenuti alla sentenza che, *ex* articolo 840-*sexies*, abbia accolto le domande degli aderenti all'azione condannando il convenuto al pagamento delle somme risarcitorie o restitutorie. L'unica differenza rispetto alla precedente proposta transattiva o conciliativa è che in questo caso a predisporla dovrà essere il rappresentante comune, il quale però, nell'esercizio di tale facoltà, ha l'obbligo di farlo nell'interesse degli aderenti.

Anche in questo caso lo schema d'accordo deve essere inserito nel portale dei servizi telematici e comunicato, sempre telematicamente all'indirizzo indicato secondo la lettera c) del secondo comma dell'articolo 840-*septies*, personalmente ai singoli aderenti per permettere a ciascuno di loro, entro

²⁹⁰ Alle quale, si precisa, si deve aver aderito o conferito espresso mandato a tal riguardo.

quindici giorni da tale comunicazione, di inserire nel fascicolo telematico le proprie motivazioni, le quali devono essere motivate.

Per tutti quei soggetti che entro tale termine non procederanno ad effettuare delle contestazioni l'accordo si considererà infine, attraverso un altro meccanismo presuntivo, come non contestato.

Il quarto comma dell'articolo in questione stabilisce che il giudice delegato, tenendo conto anche degli interessi degli altri aderenti, possa autorizzare il rappresentante comune a stipulare l'accordo transattivo «*entro trenta giorni della scadenza del termine del quarto comma*», ossia dalla scadenza del termine per effettuare le contestazioni sullo schema d'accordo successivo alla sentenza di accoglimento dell'azione di classe.

Tale conclusione dell'accordo viene anch'essa pubblicata e comunicata personalmente. Entro quindici giorni da tale comunicazione l'aderente contestante può «*privare il rappresentante comune della facoltà di stipulare l'accordo transattivo a cui le medesime contestazioni si riferiscono*».

Quest'ultima disposizione risulta di non felicissima formulazione. Dal senso letterale delle parole della legge risulta infatti non agevolissimo comprenderne l'ambito applicativo, nonché i risvolti.

Preliminarmente la formulazione risulta imperfetta in quanto dalla semplice lettura del testo non si potrebbe ritenerne escluso il significato che ciascun aderente possa privare il rappresentante comune della facoltà di stipulazione dell'accordo per ciascun membro della classe. Siccome però un tale significato è, se non impossibile, sicuramente improbabile comportando risultati assurdi, sembra possibile ritenere che la privazione della facoltà riguardi ogni singolo aderente per sé stesso.

Il secondo dubbio interpretativo è quello derivante dalla seconda e ultima parte del comma preso in considerazione che non permette di comprendere se la privazione delle facoltà di concludere l'accordo riguardi l'accordo stesso nella sua interezza o solo di quelle specifiche parti dello stesso per cui vi è stata la contestazione.

In questa seconda ipotesi risulta essere ancora più complicato e complesso comprendere il reale senso che il legislatore avrebbe attribuito alla norma. Premettendo che un tale dubbio potrebbe probabilmente essere sciolto con maggior facilità solo a seguito dello studio di qualche caso pratico per i quali però si dovrà aspettare²⁹¹.

Ad avviso di chi scrive, se ci si vuole sbilanciare in una delle due direzioni sarebbe preferibile propendere verso l'interpretazione più estensiva²⁹², poiché in conformità con la propensione

²⁹¹ Si ricorda che la legge numero 31 del 12 aprile 2019 entrerà in vigore ad un anno dalla sua pubblicazione.

²⁹² Ossia quella che preveda che la privazione della facoltà di stipulazione dell'accordo riguardi solo quelle parti per cui ci sia stata un'espressa contestazione.

deflattiva del contenzioso che è propria della legge in questione, in base alla quale sarebbe da preferirsi la stipulazione di un accordo anche solo parziale piuttosto che nessun tipo di stipulazione.

Anche tale accordo deve essere pubblicato e comunicato personalmente. Inoltre, il rappresentante comune certifica l'autografia delle sottoscrizioni apposte all'accordo transattivo da ciascun singolo aderente.

Anche il ricorrente può aderire all'accordo transattivo nell'identico termine previsto per gli altri aderenti. In questo caso l'accordo costituirà titolo esecutivo, valevole inoltre per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale anche in suo favore.

Il decimo ed ultimo comma dell'articolo in questione, con una disposizione mira a colmare qualsivoglia lacuna nella tutela giurisdizionale dei giudizi collettivi, conclude tale norma attribuendo la facoltà di stipulazione dell'accordo anche alle associazioni e alle organizzazioni, iscritte nell'elenco pubblico istituito presso il Ministero della Giustizia, equiparandone a pieno e totalmente tutti gli effetti.

2.10. Il regime delle impugnazioni.

Per quanto riguarda il sistema delle impugnazioni stabilito dalla disposizione di legge del 2019 è necessario effettuare preliminarmente una distinzione sostanziale, quella fra l'impugnazione della sentenza di accoglimento delle domande proposte con l'azione di classe e fra l'impugnazione del decreto con cui il giudice accoglie la richiesta d'adesione di alcuni soggetti e contestualmente condanna il resistente al pagamento delle somme così come stabilito nel progetto dei diritti individuali omogenei.

Nel primo caso la disciplina dell'impugnazione della sentenza di cui all'articolo 840-*sexies* viene strutturata in maniera piuttosto scarna attraverso i soli due commi dell'articolo 840-*decies*²⁹³.

²⁹³ Testo integrale art. 840- *decies* : «Gli atti di impugnazione della sentenza di cui all'articolo 840-*sexies* e i provvedimenti che definiscono i giudizi di impugnazione sono pubblicati nell'area pubblica del portale dei servizi telematici di cui all'articolo 840-*ter*, secondo comma.

Ai fini dell'impugnazione della sentenza non si applica l'articolo 325. La sentenza può essere impugnata dagli aderenti per revocazione, quando ricorrono i presupposti previsti dall'articolo 395 o quando la sentenza medesima è l'effetto della collusione tra le parti. In quest'ultimo caso il termine per proporre revocazione decorre dalla scoperta della collusione.».

In primo luogo, viene stabilito che tutti gli atti di impugnazione di tale sentenza, nonché i provvedimenti che definiscano tali giudizi, siano pubblicati nell'area pubblica dei servizi telematici per la diffusione rapida di tali notizie ai soggetti interessati.

In secondo luogo, viene affermata la non applicazione per tale impugnativa dell'articolo 325²⁹⁴ del Codice di procedura civile relativo ai "Termini per le impugnazioni".

La mancata attuazione di tale norma, all'avviso di chi scrive, dovrebbe comportare la delineazione di un sistema di termini che risulta essere invece mancante in una tale disciplina. Le conseguenze di tale situazione è che il regime in questione non risulta essere regolato in un gravissimo caso di lacuna normativa che probabilmente porterà ad un primo periodo di applicazione del regime delle impugnazioni estremamente confuso²⁹⁵.

Si ritiene quindi che il legislatore debba reintervenire a tal riguardo per non far entrare nel caos, subito dopo l'accoglimento della sentenza, un sistema dispositivo che negli scorsi anni ha già vissuto numerose problematiche.

Viene infine previsto che tale sentenza possa essere impugnata per revocazione sia nei casi previsti dall'articolo 395²⁹⁶ c. p. c. che nell'ipotesi che la sentenza sia il frutto e l'effetto della

²⁹⁴ Testo integrale art. 325 c. p. c. : «Il termine per proporre l'appello, la revocazione e l'opposizione di terzo di cui all'articolo 404, secondo comma, è di trenta giorni. È anche di trenta giorni il termine per proporre la revocazione e l'opposizione di terzo sopra menzionata contro la sentenza delle corti d'appello.

Il termine per proporre il ricorso per cassazione è di giorni sessanta.».

²⁹⁵ Dal silenzio tenuto a tal riguardo dal legislatore sembrerebbe preferibile far discendere l'applicazione della normativa prevista dall'articolo 327 c.p.c. in quanto prevede la decadenza dell'impugnazione con termini da ritenersi coerenti con il sistema di pubblicazione-comunicazione personale previsto da tale disciplina.

²⁹⁶ Testo integrale art. 395 c. p. c. : «Le sentenze pronunciate in grado d'appello o in un unico grado, possono essere impugunate per revocazione:

- 1) se sono l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra;
- 2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza;
- 3) se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario;
- 4) se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare;
- 5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione;
- 6) se la sentenza è effetto del dolo del giudice, accertato con sentenza passata in giudicato.».

collusione delle parti, presumibilmente quindi in danno agli altri aderenti. In tale ultimo caso il termine inizia a decorrere dal momento della scoperta della collusione.

Per quanto riguarda invece il secondo caso di impugnazione di un atto del procedimento collettivo, ossia il decreto previsto dal quinto comma dell'articolo 840- *octies*, essa viene disciplinata dal successivo articolo 840-*undecies*²⁹⁷, rubricato per l'appunto "Impugnazione del decreto".

Contro il decreto con cui il giudice delegato accoglie la richiesta degli aderenti di partecipare all'azione può essere proposta opposizione con ricorso depositato presso la cancelleria del tribunale.

Tale ricorso può essere esperito nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento dal resistente, dal rappresentante comune degli aderenti e dagli avvocati difensori delle cause in cui le azioni di classe siano state successivamente riunite. Questi ultimi però possono

²⁹⁷ Testo integrale art. 840-*undecies* : « Contro il decreto di cui all'articolo 840-*octies*, quinto comma, può essere proposta opposizione con ricorso depositato presso la cancelleria del tribunale.

Il ricorso può essere proposto dal resistente, dal rappresentante comune degli aderenti e dagli avvocati di cui all'articolo 840-*novies*, sesto e settimo comma, nel termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento.

Gli avvocati di cui al periodo precedente possono proporre motivi di opposizione relativi esclusivamente ai compensi e alle spese liquidati con il decreto impugnato.

Il ricorso non sospende l'esecuzione del decreto, fatta salva la facoltà del tribunale di disporre diversamente su istanza di parte in presenza di gravi e fondati motivi. Esso deve contenere:

- a) l'indicazione del tribunale competente;
- b) le generalità del ricorrente e l'elezione del domicilio nel comune in cui ha sede il giudice adito;
- c) l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'opposizione, con le relative conclusioni.

Il presidente del tribunale, nei cinque giorni successivi al deposito del ricorso, designa il relatore e fissa con decreto l'udienza di comparizione entro quaranta giorni dal deposito. Il giudice delegato non può far parte del collegio.

Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere comunicato ai controinteressati entro cinque giorni dal deposito del decreto. Il resistente deve costituirsi almeno cinque giorni prima dell'udienza, depositando una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto.

L'intervento di qualunque interessato non può avere luogo oltre il termine stabilito per la costituzione della parte resistente, con le modalità per questa previste.

Non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che la parte dimostri di non aver potuto indicarli o produrli prima, per causa ad essa non imputabile. Entro trenta giorni dall'udienza di comparizione delle parti, il tribunale provvede con decreto motivato, con il quale conferma, modifica o revoca il provvedimento impugnato.

L'aderente può proporre azione individuale a condizione che la domanda di adesione sia stata revocata prima che il decreto sia divenuto definitivo nei suoi confronti.».

proporre motivi di opposizione esclusivamente relativi ai compensi e alle spese che siano stati liquidati da tale decreto.

La proposizione del ricorso solitamente non sospende l'efficacia esecutiva del decreto, la quale può però essere concessa dal tribunale, a cui quindi risulta essere concessa tale facoltà, quando sia presentata un'istanza di parte in presenza di gravi e fondati motivi.

Il ricorso deve contenere l'indicazione del tribunale competente, le generalità del ricorrente e l'elezione del domicilio nel comune in cui il giudice adito abbia la sede, nonché infine l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui cui l'opposizione è basata, con le relative conclusioni.

Passando ora all'analisi del procedimento pratico che si instaura dopo il proponimento del ricorso, dall'articolo viene disposto che nei cinque giorni successivi al suo deposito il Presidente del tribunale deve designare il relatore e fissare con decreto l'udienza di comparizione delle parti che dovrà necessariamente svolgersi entro quaranta giorni.

Del collegio giudicante che andrà a valutare la controversia relativa al ricorso non può far parte il giudice delegato alla procedura collettiva.

Il ricorso, assieme al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere comunicato a tutti i controinteressati per permettergli di avere conoscenza di tale procedimento entro cinque giorni dal deposito del decreto.

Il resistente risulta avere l'obbligo di costituzione almeno cinque giorni prima dell'udienza di comparizione, con il contestuale obbligo di depositare una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto. Tale disposizione risulta essere particolarmente importante poiché l'intervento di qualsiasi altro interessato non può avere luogo dopo questa data e deve seguire le stesse modalità per essa previste.

All'interno di tali procedimenti non sono ammessi nuovi mezzi di prova né ulteriori documenti a meno che la parte in questione non dimostri di non aver potuto indicarli o produrli prima per causa a lei non imputabile.

Il tribunale deve provvedere a fornire una risposta sull'opposizione entro trenta giorni dall'udienza di comparizione delle parti. L'atto del tribunale è un decreto motivato con il quale può confermare, modificare o revocare il provvedimento impugnato.

L'ultimo comma dell'articolo 840-*undecies* c.p.c. permette all'aderente, nel caso in cui il decreto sia revocato a seguito dell'opposizione, la facoltà di proporre un'ulteriore azione individuale, si reputa sui medesimi fatti e nei confronti del medesimo ricorrente, a condizione che la domanda di adesione sia stata revocata prima che il decreto sia divenuto definitivo nei suoi confronti.

2.11. La pubblicazione – comunicazione dei provvedimenti.

Infine, si ritiene di dover effettuare dovuti riferimenti anche al regime probatorio e quello della pubblicazione-comunicazione dei provvedimenti.

In entrambi questi casi il legislatore ha infatti predisposto una disciplina particolarmente favorevole per i soggetti partecipanti all'azione di classe, la quale risulta essere ben strutturata in un complesso organico decisamente favorevole nei loro confronti.

Iniziando a trattare del regime di pubblicazione/comunicazione dei provvedimenti approntato dalla disciplina del 2019, va rilevato che da una semplice prima lettura del testo di legge in questione è agevole per il lettore accorgersi dell'importanza data dal legislatore alle tecniche di comunicazione e di pubblicità dei provvedimenti. Infatti, onde garantire la conoscenza degli atti principali del processo, il disegno legislativo consta al suo interno di ben nove commi che riferendosi a fasi e ad istituti diversi trattano comunque di tale argomento.

Tale ragione è da individuarsi nella necessità sentita dal legislatore italiano di adeguarsi alle scelte e alla disciplina del diritto dell'Unione Europea e di garantire un regime di comunicazione e di conoscenza dei provvedimenti del processo che sia adeguato, funzionale ed effettivo al procedimento di classe.

Si crede infatti, giustamente, che sia a livello comunitario che nazionale per permettere la più ampia e diffusa partecipazione di qualsiasi soggetto interessato al procedimento collettivo lo strumento principe a tal riguardo altro non possa essere che proprio la predisposizione di un sistema di conoscenza celere e generale degli atti del procedimento collettivo.

Per l'attuazione di tale obiettivo il legislatore risulta aver predisposto due serie di strumenti, quello della pubblicazione del provvedimento e quello della comunicazione personale ai soggetti interessati.

Per quanto riguarda il primo, la pubblicazione, per esso si intende l'inserimento di qualsiasi atto e la sua pubblica messa a disposizione *«nell'area pubblica del portale dei servizi telematici gestiti dal Ministero di giustizia»*.

Tale sistema di pubblicità dei provvedimenti del procedimento collettivo, continuando a seguire il disposto del secondo comma dell'articolo 840-ter, risulta essere finalizzato ad *«assicurare l'agevole reperibilità delle informazioni in esso contenute»*, sarebbe a dire permetterne una possibile e astratta conoscenza da parte di chiunque possa essere interessato e di far sì che la ricerca di tali informazioni sia di semplice e veloce attuazione.

Per tali motivi il sistema di pubblicazione viene predisposto per: il ricorso introduttivo dell'azione di classe assieme al decreto di fissazione d'udienza; l'ordinanza che in qualsiasi modo decida sull'ammissibilità della domanda; la sentenza che statuisca sul procedimento di classe; gli atti di impugnazione della sentenza nonché i provvedimenti che definiscono tali giudizi d'impugnazione; la proposta del giudice di un accordo di natura transattiva o conciliativa, nonché quello predisposto dal rappresentante comune; l'autorizzazione da parte del giudice nei confronti del rappresentante comune di concludere entrambe le tipologie d'accordo; infine la pubblicazione, quale condanna accessoria, a seguito dell'azione inibitoria collettiva.

Per quanto riguarda invece il sistema di comunicazione personale esso inizia ad operare per ciascun soggetto dal momento dell'adesione all'azione di classe e consiste, secondo quanto disposto dall'articolo 840- *quatrdecies*, nella comunicazione «*all'indirizzo di posta elettronica certificata ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato indicato da ciascun aderente*».

Lo scopo di tale istituto risulta essere quello di permettere una celere, veloce e pratica conoscenza dei fatti e dei provvedimenti di causa ai soggetti interessati e ciò per permettergli sia di intervenire puntualmente ed efficacemente nel processo sia per evitare che l'elevato numero di soggetti partecipanti al giudizio possa rallentarlo eccessivamente creando una situazione di giustizia non funzionale e contraria al giusto processo.

La comunicazione diretta e personale risulta quindi essere disposta per: il progetto dei diritti individuali omogenei degli aderenti; la proposta di accordo transattivo avanzata dal giudice; quella promossa dal rappresentante comune; infine l'autorizzazione da parte del giudice al rappresentante comune a concludere entrambe le tipologie d'accordo.

2.12. Il regime probatorio.

Passando ora ad esaminare la disciplina del regime probatorio dell'azione di classe si può subito affermare che il legislatore predisponga un sufficientemente accurato e sicuramente garantista nei confronti degli appartenenti alla classe, il quale si occupa ampiamente della richiesta al ricorrente di fornitura degli elementi probatori necessari al fine della risoluzione della controversia e dell'attribuzione di un significato ai comportamenti da lui tenuti a seguito di tale richiesta.

La maggior parte della normativa probatoria risulta essere racchiusa nella seconda parte dell'articolo 840- *quiquies*, il quale ne tratta dal quarto al decimo comma e le sue finalità sono sostanzialmente quelle di permettere la prova e la controprova riguardo all'illecito plurioffensivo

dedotto con l'azione. A tal riguardo un ruolo centrale è attribuito e svolto dal giudice delegato assegnato al procedimento collettivo.

Il regime probatorio applicabile per il ricorrente e il resistente, nel silenzio della normativa, è quello previsto generalmente nel secondo libro del Codice di procedura civile. Un regime particolare viene invece predisposto per i singoli aderenti.

Dovuta alla loro mancata qualifica come parti del procedimento, ne discende una disciplina piuttosto scarna dei loro poteri probatori e del controllo di attività della causa. Infatti, coloro che aderiscano all'azione, conservando sempre la facoltà di consultazione del fascicolo informatico relativo alla causa, possono presentare la produzione di documenti probatori inserendoli nel fascicolo informatico mediante un modulo conforme al modello approvato con decreto dal Ministero della giustizia.

La norma quindi si limita ad attribuirgli la facoltà di utilizzo della sola prova documentale, ossia di permettere nel procedimento collettivo l'esclusivo utilizzo delle sole prove precostituite precludendogli tutti gli altri modelli probatori conosciuti dalla disciplina civile.

All'interno di questi documenti possono essere prodotte delle dichiarazioni di terzi capaci di testimoniare, le quali devono essere rilasciate da un avvocato che attesti l'identità del dichiarante a norma dell'articolo 252²⁹⁸ c. p. c. e a tal riguardo l'avvocato è considerato ad ogni effetto come pubblico ufficiale. Le valutazioni di tali dichiarazioni sono affidate al prudente apprezzamento del giudice delegato.

Visti i limitati poteri concessi agli aderenti, ampie possibilità, come accennato all'inizio del paragrafo, sono affidate al giudice delegato all'azione collettiva.

Viene a tale scopo previsto che il magistrato competente possa ordinare al resistente l'esibizione delle prove rilevanti che rientrano nella sua disponibilità²⁹⁹, ma solo se a tal riguardo gli sia stata presentata dal ricorrente un'istanza motivata la quale deve contenere l'indicazione dei fatti e delle prove ragionevolmente disponibili dalla controparte.

In questo caso quindi, con il solito approccio paternalistico, il legislatore, consapevole del fatto che il soggetto che maggiormente potrebbe possedere elementi probatori in relazione al procedimento

²⁹⁸ Testo integrale art. 252 c. p. c. : «Il giudice istruttore richiede al testimone il nome, il cognome, l'età e la professione, lo invita a dichiarare se ha rapporti di parentela, affinità, affiliazione o dipendenza con alcuna delle parti, oppure interesse nella causa.

Le parti possono fare osservazioni sull'attendibilità del testimone, e questi deve fornire in proposito i chiarimenti necessari. Delle osservazioni e dei chiarimenti si fa menzione nel processo verbale prima dell'audizione del testimone.».

²⁹⁹ Secondo il principio di vicinanza della prova.

collettivo sia proprio il convenuto-resistente, prevede un regime di obbligo di produzione probatoria posto a suo carico.

Nel disporre al riguardo il giudice lo fa specificatamente individuando tutti gli elementi o le categorie di prova necessarie ai fine dell'accertamento. La categoria di prova viene individuata *«mediante il riferimento a caratteristiche comuni dei suoi elementi comuni, come la natura, il periodo durante il quale sono stati formati, l'oggetto o il contenuto»* degli elementi di prova che sono stati richiesti.

Nella disposizione dell'obbligo di produzione probatoria a carico del resistente deve necessariamente seguire il principio di limitazione e proporzionalità alla decisione, tal riguardo vengono disposti tre parametri di valutazione della proporzionalità da parte del giudice, il quale:

«a) esamina in che misura la domanda è sostenuta da fatti e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione;

b) esamina la portata e i costi dell'esibizione;

c) valuta se le prove di cui è richiesta l'esibizione contengono informazioni riservate, specialmente se riguardanti terzi.»

La natura e l'importanza del principio di proporzionalità nell'obbligo di produzione probatoria viene corroborata anche dal successivo ottavo comma dell'articolo in questione, il quale sembra recepire al suo interno l'influenza europea del Regolamento UE 679/2016³⁰⁰.

A riguardo viene infatti disposto che quando la richiesta o l'ordine di esibizione riguardino informazioni riservate, il giudice debba disporre specifiche misure di tutela come l'obbligo del segreto, la possibilità di non rendere visibili le parti riservate di un documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove, il conferimento ad esperti di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata. A tal riguardo enuncia anche quali sono le informazioni considerate riservate ai fini della presente legge, esse sono *«i documenti che contengono informazioni riservate di carattere personale, commerciale, industriale e finanziarie relative a persone ed imprese, nonché i segreti commerciali.»*

³⁰⁰ Anche meglio conosciuto come il G.D.P.R. "General Data Protection Regulation".

Conformemente al principio di proporzionalità opera anche la successiva disposizione che attribuisce alla parte resistente, nei cui confronti sia rivolta un'istanza di produzione ed esibizione probatoria, il diritto di essere sentita dal giudice prima che egli provveda sull'esibizione.

Per quanto riguarda il comportamento tenuto dal ricorrente a seguito di tale richiesta viene previsto che qualora egli, senza giustificato motivo, rifiuti di rispettare l'ordine di esibizione del giudice, semplicemente non vi adempia o distrugga prove ritenute rilevanti ai fini del giudizio risarcitorio, il giudice possa, valutato ogni elemento di prova, ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce.

Nel caso che un soggetto, sia parte che terzo rispetto al procedimento, compia una delle fattispecie ostruzionistiche appena enunciate al giudice è attribuita l'ulteriore facoltà di predisporre sanzioni pecuniarie amministrative, da devolversi a favore della cassa delle ammende, del valore compreso fra i diecimila e i centomila euro.

Va infine detto che a seguito di tale disciplina non viene assolutamente meno la riservatezza delle comunicazioni fra gli avvocati e i propri assistiti e che ai fini dell'accertamento della responsabilità oggetto dell'azione di classe il tribunale può inoltre avvalersi e utilizzare presunzioni semplici e dati statistici, questi ultimi presumibilmente relativi al mercato in cui operi il soggetto convenuto.

2.13. La pluralità delle azioni di classe.

Per concludere l'analisi delle varie norme che articolano il procedimento collettivo dell'azione di classe si deve necessariamente menzionare l'articolo 840-*quater*³⁰¹, rubricato «*Pluralità delle*

³⁰¹ Testo integrale art. 840- *quater* : «Decorsi sessanta giorni dalla data di pubblicazione del ricorso nell'area pubblica del portale dei servizi telematici di cui all'articolo 840-*ter*, secondo comma, non possono essere proposte ulteriori azioni di classe sulla base dei medesimi fatti e nei confronti del medesimo resistente e quelle proposte sono cancellate dal ruolo. Le azioni di classe proposte tra la data di deposito del ricorso e il termine di cui al primo periodo sono riunite all'azione principale.

Il divieto di cui al primo comma, primo periodo, non opera quando l'azione di classe introdotta con il ricorso di cui al già menzionato comma è dichiarata inammissibile con ordinanza definitiva né quando la medesima causa è cancellata dal ruolo ovvero è definita con provvedimento che non decide nel merito. Ai fini di cui al presente comma, i provvedimenti di cui al primo periodo sono pubblicati immediatamente nell'area pubblica del portale dei servizi telematici a cura della cancelleria.

azioni di classe» e composto da disposizioni ideate per la costituzione di un sistema in grado di raccordare la possibilità che siano proposte contestualmente differenti procedimenti collettivi, incardinati sui medesimi illeciti plurioffensivi.

La disciplina che viene proposta da tale norma prevede che attraverso un sistema di termini e pubblicazioni si arrivi alla creazione di un momento oltre il quale vige l'impossibilità e il divieto di proposizione di un ulteriore procedimento collettivo basato sugli stessi fatti di quello già proposto precedentemente.

Viene previsto che una volta che sia stato proposto il ricorso introduttivo di un'azione di classe esso sia pubblicato, a cura della cancelleria, nell'area pubblica del portale dei servizi telematici in modo da garantire la più estesa e veloce comunicazione a tutti i soggetti astrattamente interessati della proposizione di tale procedimento.

Decorsi sessanta giorni da tale pubblicazione non potranno infatti essere più proposte ulteriori azioni di classe basate sui medesimi fatti e nei confronti del medesimo resistente. Quelle che dopo tale data vengano ugualmente proposte saranno semplicemente cancellate dal ruolo e non ne è permessa la riassunzione.

Tale divieto non è però considerato operativo nel caso in cui la prima azione non arrivi ad una decisione definitiva nel merito. Infatti, nei casi in cui il procedimento collettivo introdotto con il primo ricorso sia dichiarato inammissibile con ordinanza definitiva, sia cancellato dal ruolo o sia definito con un procedimento non in grado di decidere sul merito, si riacquista la facoltà di proposizione dell'azione collettiva per quella particolare e specifica categoria di illeciti plurioffensivi.

Per le azioni che invece vengano esperite tra la data di proposizione del primo ricorso introduttivo ed entro il termine di sessanta giorni dalla pubblicazione dello stesso viene previsto che esse siano riunite all'azione principale.

A differenza della precedente disciplina scompare quindi il riferimento alla riassunzione delle cause che fossero proposte davanti a giudici di circondari giudiziari differenti.

Tale mancanza è assolutamente e giustamente giustificata dall'introduzione del foro esclusivo del resistente e dalla devoluzione dei procedimenti collettivi alle sezioni specializzate in materia d'impresa.

Quando una nuova azione di classe è proposta fuori dei casi di cui al secondo comma, la causa è cancellata dal ruolo e non è ammessa la riassunzione.

È fatta salva la proponibilità delle azioni di classe a tutela dei diritti che non potevano essere fatti valere entro la scadenza di cui al primo comma.».

Con un tale quadro d'insieme la riassunzione delle cause non dovrebbe infatti essere possibile visto che nel nuovo sistema normativo non viene prevista la possibilità di incardinare un'azione di classe davanti a giudici differenti, esistendo un solo foro possibile e ritrovandosi necessariamente uno dei due giudici nella situazione di dover rilevare la propria incompetenza.

L'ultimo comma di tale articolo con una norma di chiusura in favore dell'effettività della tutela e del suo generale ampliamento stabilisce che è sempre fatta salva la proponibilità di azioni collettive dirette alla tutela dei diritti che non potevano essere fatti valere entro la scadenza del termine previsto dal primo comma, ossia entro i sessanta giorni dalla pubblicazione del ricorso del procedimento di classe.

2.14. L'esecuzione forzata collettiva.

Dopo aver esaurito le norme relative all'azione di classe la riforma legislativa 31/2019 si preoccupa di definire anche alcuni momenti estranei al procedimento collettivo vero e proprio ma comunque ad esso collegati.

La prima di queste circostanze è trattata dall'articolo 840-*terdecies*³⁰², rubricato "esecuzione forzata collettiva". Tale norma si preoccupa di definire l'eventuale e successivo momento d'esecuzione forzata che potrebbe conseguire al procedimento collettivo, dettando all'uopo una

³⁰² Testo integrale art. 840-*terdecies* : «L'esecuzione forzata del decreto di cui all'articolo 840-*octies*, quinto comma, è promossa dal rappresentante comune degli aderenti, che compie tutti gli atti nell'interesse degli aderenti, ivi compresi quelli relativi agli eventuali giudizi di opposizione. Non è mai ammessa l'esecuzione forzata di tale decreto su iniziativa di soggetti diversi dal rappresentante comune.

Devono essere trattenute e depositate nei modi stabiliti dal giudice dell'esecuzione le somme ricavate per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora divenuti definitivi.

Le disposizioni dei commi precedenti non si applicano relativamente ai crediti riconosciuti, con il decreto di cui all'articolo 840-*octies*, quinto comma, in favore del rappresentante comune e degli avvocati di cui all'articolo 840-*novies*, sesto e settimo comma.

Il compenso dovuto al rappresentante comune è liquidato dal giudice in misura non superiore a un decimo della somma ricavata, tenuto conto dei criteri di cui all'articolo 840-*novies*, quarto comma. Il credito del rappresentante comune liquidato a norma del presente articolo nonché quello liquidato a norma dell'articolo 840-*novies*, commi primo e secondo, hanno privilegio, nella misura del 75 per cento, sui beni oggetto dell'esecuzione.

Il rappresentante comune non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato, salvo che per i procedimenti promossi per impugnare atti del giudice delegato o del tribunale.».

disciplina specifica per il caso in cui un la fase esecutiva sia da svolgere negli interessi di una pluralità di soggetti.

Dunque, nel caso in cui il resistente non adempia spontaneamente al dettato del decreto di accoglimento dell'adesione può essere promossa dal rappresentante comune degli aderenti l'esecuzione forzata di tale decreto.

Tale tipologia di esecuzione può essere richiesta esclusivamente dal rappresentante comune e non sarà mai ammessa la richiesta di iniziativa esecutiva proposta da un soggetto differente. Ciò si spiega facilmente in quanto il rappresentante comune è l'unico a dover compiere tutti gli atti nell'interesse degli aderenti.

Viene stabilito che tutte le somme che vengano ricavate nel procedimento esecutivo per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora divenuti definitivi debbano essere trattenute e depositate con le modalità stabilite dal giudice dell'esecuzione che quindi andrà a curare il regolare e corretto svolgimento della fase esecutiva.

Viene inoltre previsto che per stare in giudizio nel procedimento di esecuzione forzata collettiva il rappresentante comune debba preventivamente ottenere l'autorizzazione del giudice delegato. Gli unici giudizi cui il rappresentante possa partecipare senza dover ottenere detta autorizzazione da parte del giudice sono infatti solamente quelli d'impugnazione riguardo agli atti del giudice delegato e del tribunale.

Viene infine previsto che tali disposizioni non valgano per le somme emesse a favore del rappresentante comune e degli avvocati delle cause riunite. Tali soggetti seguono infatti un regime differente, dove viene previsto che le somme premiali a loro corrisposte debbano seguire i criteri enunciati dal quarto comma dell'articolo 840- *novies*, ma che il suo totale non possa superare un decimo dell'intera somma ricavata nel procedimento collettivo.

I crediti che vengono liquidati a questi soggetti, sia quelli provenienti a norma di questo articolo sia quelli derivanti dal *novies*, sono sottoposti ad una disciplina di favore in quanto gli è attribuito privilegio sui beni oggetto dell'esecuzione nella misura del settantacinque per cento.

2.15. L'azione inibitoria collettiva.

L'ultimo articolo che viene inserito all'interno del Codice di procedura civile con la novella riforma è l'840- *quinqüesdecies*³⁰³, il quale si occupa dell'azione inibitoria di classe.

A tale norma dunque viene attribuito il compito di andare a trattare della possibilità di evitare che un determinato comportamento o una condotta da parte di certo soggetto generino un danno ad una platea indeterminata di individui o di eliminarne la continuazione nel caso in cui il danno si sia già prodotto.

A riguardo viene quindi stabilita una disciplina che per certi aspetti ricalca quella data dall'articolo 840- *bis* e la sua impostazione.

La legittimazione attiva viene attribuita sia alle organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro iscritte nell'elenco tenuto dal Ministero di giustizia sia, individualmente, a «*chiunque abbia*

³⁰³ Testo integrale art. 840- *quinqüesdecies* : «Chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti, può agire per ottenere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva. Le organizzazioni o le associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela degli interessi pregiudicati dalla condotta di cui al primo periodo sono legittimate a proporre l'azione qualora iscritte nell'elenco di cui all'articolo 840-*bis*, secondo comma.

L'azione può essere esperita nei confronti di imprese o di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività.

La domanda si propone con le forme del procedimento camerale, regolato dagli articoli 737 e seguenti, in quanto compatibili, esclusivamente dinanzi alla sezione specializzata in materia di impresa competente per il luogo dove ha sede la parte resistente. Il ricorso è notificato al pubblico ministero.

Si applica l'articolo 840-*quinqües* in quanto compatibile.

Il tribunale può avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici.

Con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, su istanza di parte, adottare i provvedimenti di cui all'articolo 614-*bis*, anche fuori dei casi ivi previsti.

Con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, su richiesta del pubblico ministero o delle parti, ordinare che la parte soccombente adotti le misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate.

Il giudice, su istanza di parte, condanna la parte soccombente a dare diffusione del provvedimento, nei modi e nei tempi definiti nello stesso, mediante utilizzo dei mezzi di comunicazione ritenuti più appropriati.

Quando l'azione inibitoria collettiva è proposta congiuntamente all'azione di classe, il giudice dispone la separazione delle cause.

Sono fatte salve le disposizioni previste in materia dalle leggi speciali.».

interesse», permettendo quindi ad una platea indeterminabilmente ampia di adire l'autorità giudiziaria.

Ciò che in concreto può essere richiesto da tali soggetti è una pronuncia inibitoria di quegli atti e comportamenti, siano essi di natura commissivo o omissiva, che pongano un pregiudizio nei confronti di una pluralità di individui o enti, per ottenerne la cessazione o il divieto di reiterazione.

I soggetti convenuti di un tale procedimento possono essere, così come per la generale azione di classe, sia imprese che enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità nello svolgimento delle loro rispettive attività.

La domanda può essere proposta solamente al foro esclusivo della sezione specializzata in materia d'impresa nel luogo ove ha sede la parte resistente. Le forme per essa previste sono quelle dell'articolo 737³⁰⁴ del codice di procedura civile relativo ai procedimenti camerati.

Viene dunque previsto che il procedimento si proponga con ricorso e che gli vadano applicate, per quanto compatibili, le disposizioni previste dall'articolo 840- *quinquies* relativo al procedimento.

Tale ricorso deve poi essere notificato³⁰⁵ al pubblico ministero. Questa disposizione serve a favorire la conoscenza e la partecipazione di quel soggetto pubblico che con il suo intervento possa vigilare sia sulla correttezza del mercato e valutare se il convenuto-resistente con la sua condotta non abbia posto in essere un'ipotesi di reato.

Accanto alla condanna principale di cessazione della condotta autrice dell'illecito plurioffensivo al tribunale è concessa la facoltà di irrogare diverse condanne accessorie, anche se, solo su istanza di altri soggetti e non semplicemente *ex officio*.

In primo luogo, su richiesta di parte il tribunale può adottare uno dei provvedimenti previsti dall'articolo 614- *bis*³⁰⁶ anche se fuori dai casi in esso previsti. È questa un'introduzione legislativa

³⁰⁴ Testo integrale art. 737 c. p. c. : «I provvedimenti, che debbono essere pronunciati in camera di consiglio, si chiedono con ricorso al giudice competente e hanno forma di decreto motivato, salvo che la legge disponga altrimenti.».

³⁰⁵ La norma in questione non specifica quale sia il soggetto propriamente tenuto a farlo, nel silenzio della legge si ipotizza che tale onere gravi sugli uffici giudiziari e non sulle parti presenti nel procedimento.».

³⁰⁶ Testo integrale art. 614- *bis* c. p. c. : «Con il provvedimento di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle controversie di lavoro subordinato pubblico e privato e ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui all'articolo 409.

della massima importanza in quanto permette al giudice di applicare sanzioni di coercizione indiretta a coloro che reitereranno in determinati comportamenti illeciti invece di eliminarli e reprimerli.

L'aspetto trascendentale dell'applicazione di tale norma è da ritrovarsi nel suo utilizzo quale deterrente al possibile proseguimento delle condotte illecite dopo l'emanazione della sentenza conclusiva del procedimento di classe ma, anche e soprattutto, prima ancora che una tale azione venga esperita e indipendentemente da essa.

In secondo luogo, su richiesta del pubblico ministero o delle parti, il giudice può ordinare che il soggetto soccombente autore dell'illecito si adoperi e adotti le misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate. Con questa disposizione viene quindi confermata una delle norme meglio predisposte della precedente disciplina legislativa. Infatti, nonostante qualche variazione terminologica che però non è in grado di influire sul risultato, viene mantenuta la possibilità di chiedere una tutela inibitoria con funzione repressiva e non solamente preventiva³⁰⁷.

In terzo luogo, infine, il giudice può, su istanza di parte, condannare il soccombente a dare diffusione del provvedimento conclusivo del procedimento collettivo mediante l'utilizzo dei mezzi di comunicazione maggiormente adeguati al caso di specie.

Anche in questo caso il legislatore sceglie di mantenere una sanzione già presente nella precedente disciplina legislativa, poiché consapevole della portata e dei benefici che essa possa comportare. Essa infatti fondamentalmente mira «*ad amplificare gli effetti dei provvedimenti adottati assumendo, al contempo, un carattere sanzionatorio attraverso il discredito commerciale che la diffusione della conoscenza del provvedimento determina*»³⁰⁸ in danno al soggetto autore della condotta illecita.

In realtà però, vi è di più. La disciplina in esame infatti per certi aspetti supera e innova quella precedente. Innanzitutto, la legittimazione attiva, prima attribuita alle sole associazioni ed enti collettivi, è adesso generalizzata e può quindi essere proposta anche da uno dei ricorrenti individuali. Secondariamente la pubblicazione prevista non è più effettuata esclusivamente «*su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale*» così come era stabilito dalla precedente legislazione, ma bensì «*mediante l'utilizzo dei mezzi di comunicazione più appropriati*» dove quindi possono essere

Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile.»

³⁰⁷ A riguardo si legga DI SALVO, *La tutela dei diritti individuali-collettivi ai sensi degli artt. 37 e 140 del codice del consumo: tra inibitoria e obblighi ripristinatori*, in www.diritto.it.

³⁰⁸ CATRICALÀ – PIGNALOSA, *Manuale del diritto*, op. cit., pag. 271.

ricompresi oltre ai periodici anche tutte le altre forme di comunicazione, come ad esempio quella radiofonica o quella digitale.

Da ultimo è stata inserita anche una disposizione di raccordo nel caso in cui siano proposte contestualmente e congiuntamente un'azione inibitoria insieme a quella di classe ordinaria. In tali casi viene stabilito che il giudice ne disponga la separazione. Si ritiene che tale ultima disciplina trovi la sua *ratio* nella differente tempistica di trattazione fra le due diverse cause.

3. La struttura e il funzionamento della nuova azione di classe e ipotesi “*de iure condendo*”.

Al termine dell’analisi del funzionamento della disciplina dell’azione di classe così come riformata dalla legge numero 31 del 12 aprile 2019 l’intento e la finalità di questa trattazione devono ora spostarsi su una sua valutazione e su alcuni possibili scenari futuri, andando a ipotizzare un’ulteriore variazione legislativa ai fini del miglioramento del sistema normativo, del suo funzionamento e più generalmente dell’azione di classe nel suo complesso.

Per come viene disciplinata, la novella disciplina risulta infatti essere un sicuro miglioramento rispetto alle precedenti, potendo riscontrare al suo interno alcuni significativi progressi; ma nonostante questo, si presenta ancora con alcune imperfezioni, vista la presenza al suo interno di alcuni meccanismi e alcune statuizioni che potrebbero creare delle difficoltà o che, semplicemente, potevano essere pensate diversamente in modo da renderne migliore il funzionamento applicativo.

Come si è visto nei paragrafi precedenti, con le nuove disposizioni il legislatore ha in parte stravolto l’originaria struttura dell’azione di classe. Al posto delle precedenti strutturazioni, prima bifasiche poi monofasiche, che risultavano nel complesso ben definite con linee di demarcazione evidenti fra i differenti momenti del giudizio adesso, con la nuova disciplina, è invece riscontrabile un sistema dove la distinzione in fasi non risulta essere così agevole come un tempo.

La normativa di prossima attuazione segue infatti un *iter* procedimentale che la porta ad avere una strutturazione articolata interamente in un unico giudizio, ma che al suo interno veda almeno cinque differenti mini-fasi, in relazione ad altrettanti momenti del processo giurisdizionale.

Il primo momento, quello dell’inizio del procedimento, parte dalla proposizione del ricorso collettivo e termina con la chiusura della prima fase di adesione preliminare.

Il secondo momento, quello dell’ammissibilità, riguarda il preventivo vaglio del giudice circa l’ammissibilità o meno del procedimento collettivo.

La terza fase, quella dello svolgimento, riguarda il dispiegarsi vero e proprio del procedimento principale dell’azione di classe relativo all’accertamento della responsabilità del convenuto. Esso parte a seguito della dichiarazione di ammissibilità della causa e termina con la sua decisione attraverso la sentenza finale.

Il quarto momento vede il suo inizio così come la sua fine all’interno della seconda fase di adesione all’azione di classe, quella conclusiva.

Il quinto e ultimo periodo riguarda la fase di liquidazione della pretesa riconosciuta in sentenza che accolga la domanda promossa con l'azione di classe. Tale ultima fase può percorrere due strade alternative, una interna al procedimento ed una esterna.

Partendo dall'ultima, quella esterna, ad essa si fa riferimento per intendere il procedimento giurisdizionale collettivo di esecuzione forzata previsto dall'articolo 840- *quaterdecies*.

La seconda strada invece, quella interna, risulta essere ulteriormente divisibili in due percorsi alternativi e paralleli.

Viene infatti previsto che la liquidazione delle pretese risarcitorie possa avvenire o attraverso un adempimento spontaneo da parte del convenuto dichiarato debitore o a seguito della conclusione di un accordo avente natura transattiva o conciliativa.

Dal quadro delineato fuoriesce quindi nitidamente come la strutturazione frammentata del procedimento e la strutturazione in fasi dell'azione, seppur in maniera differente rispetto alle sue precedenti versioni, sia comunque rimasta presente. E che anzi per certi aspetti essa possa essere considerata una costante imprescindibile nei procedimenti collettivi, seppur variabile e declinabile in differenti modi.

Tale presenza, tale *condicio sine qua non*, risulta facilmente spiegabile dalla scelta del nostro legislatore, il quale ha deciso di regolare il procedimento e il funzionamento dell'azione di classe attraverso il meccanismo di *opt-in*.

Come si è ricordato, esso infatti risulta essere l'unico strumento ad essere stato concesso a coloro che si vedano lesi da un illecito seriale e plurioffensivo per entrare nel procedimento collettivo e far parte della classe.

Tale "unicità" nella modalità d'ingresso nell'azione risulta essere basata sulla diffidenza³⁰⁹ dimostrata dai giuristi di cultura europea nei confronti degli altri modelli possibili per i procedimenti collettivi, così come quelli previsti nella disciplina statunitense.

Il riferimento è al modello di *opt-out*, il quale prevede l'appartenenza automatica alla classe per tutti quei soggetti che si ritrovino ad essere stati lesi dal medesimo illecito plurioffensivo senza il bisogno di una qualsiasi loro domanda, richiesta o affermazione a tal riguardo, essendo bastevole e sufficiente il possesso di alcuni requisiti comuni.

Tali soggetti risultano quindi essere sottoposti all'efficacia della sentenza emessa all'esito del procedimento collettivo indipendentemente dalla loro volontà e anzi, un loro comportamento attivo

³⁰⁹ VALGUARNERA, *Legal tradition as an obstacle: europe's difficult journey to class action*, in *Global Jurist*, 2010, articolo 10.

viene invece richiesto per permettergli di uscire dalla classe e di non essere sottoposti a quanto statuito nel giudizio collettivo

La resistenza dimostrata dagli ordinamenti europei nei confronti di un tale modello risulta essere giustificata da due tipi di ragioni differenti, il primo è basato sulle profonde differenze esistenti fra i sistemi di *civil law* e quelli di *common law*, mentre il secondo riguarda il parallelismo istintivo che viene fatto nei confronti del modello americano di *class action*.

Anche se tale avversione prende le sue origini numerosi anni fa e risulta essere ampiamente consolidata nel tempo, il dibattito su quale dei due sistemi, quello di *opt-in* e quello di *opt-out*, sia in concreto migliore e di conseguenza vada preferito, non si è mai realmente placato del tutto, non scemando mai definitivamente.

Le numerose e varie argomentazioni che sono state sostenute dai sostenitori dell'una o dell'altra fazione si sono sempre essenzialmente sviluppate secondo due distinte linee direttrici.

La prima riguardante l'innaturata struttura costituzionale degli ordinamenti europei e il presunto contrasto esistente fra il meccanismo di *opt-out* e alcuni diritti fondamentali di natura processuale da essa garantiti.

La seconda, più concreta, volta ad esaltare gli effetti pratici delle due opposte e contrastanti scelte riguardo al corretto funzionamento dell'amministrazione della giustizia statale e l'effettività della tutela per i soggetti della classe danneggiati.

Iniziando a parlare dell'incompatibilità strutturale del modello di *opt-out* rispetto alla carta costituzionale, va preliminarmente detto che il dibattito creatosi³¹⁰ aveva fatto venir alla luce due distinte posizioni fra chi prediligeva l'esigenza di effettività della tutela ai profili formali e chi invece non abbandonava i formalismi e l'esigenza del rispetto delle garanzie costituzionali a discapito delle necessità pratiche.

Come si era infatti ricordato in precedenza, vi era chi sosteneva che il modello di *opt-out* fosse incompatibile con il nostro sistema costituzionale in quanto non è possibile andare ad agire in giudizio facendo valere un diritto altrui, così come risulta impossibile far assoggettare qualcuno al giudicato di una sentenza di un processo dove non abbia preso parte.

La costituzione veniva quindi vista come un limite insuperabile ed invalicabile all'adozione di un tale modello, tanto che questo aspetto del problema è stato esaminato a più riprese dalla

³¹⁰ RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale delle «class action» ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, pag. 2224; CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pag. 567; FAVA, *Class action all'italiana: «Paese che vai usanza che trovi»*, in *Corr. giur.*, 2004, pag. 397.

Commissione europea, sia nel Libro bianco del 2008 in materia di «Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie», sia nel Libro verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori.

Un primo ordine di argomentazioni contrario al modello di *opt-out* risulta quindi essere basato sulla concezione per la quale un meccanismo secondo cui un altro soggetto, sia esso individuale come il rappresentante comune o collettivo come associazioni e organizzazioni, possa agire in giudizio in rappresentanza di altri comporta necessariamente un contrasto con il parametro formale del diritto di difesa previsto dall'articolo 24 della Costituzione. La stessa situazione è però a tal riguardo riscontabile anche nella disciplina americana.

Così come il nostro ordinamento, anche il sistema americano risulta essere fornito di una Costituzione e anche al suo interno risultano essere presenti regole processuali, le *due process of law clause*, volte a garantire e tutelare il contraddittorio e il diritto di difesa delle parti.

La differenza però risiede nel fatto che è stata la stessa Corte suprema degli Stati Uniti a superare tale *empasse* nella decisione *Hansberry v. Lee*³¹¹

In tale procedimento infatti, i giudici statunitensi hanno propeso per l'efficienza della tutela giurisdizionale affermando che la vincolatività della decisione sui membri che non abbiano partecipato attivamente all'azione di classe non costituisca una violazione delle loro fondamentali garanzie processuali se il procedimento sia in grado di far sì che i loro interessi siano al suo interno adeguatamente protetti.

Con tale "adeguata protezione" si è fundamentalmente inteso che all'interno del procedimento sia presente un meccanismo di notifica in grado di permettere a ciascun singolo di scegliere efficacemente e correttamente la propria strategia di difesa. Ciò ha permesso addirittura di escludere la possibilità per il singolo membro di optare per l'utilizzo dell'azione individuale uscendo da quella di classe per i procedimenti *mandatory*,

Si partiva infatti dall'assunto che non vi potesse essere una compressione o una limitazione delle proprie garanzie individuali di difesa a seguito di una scelta e che tale scelta potesse essere resa possibile da un sistema di comunicazione adeguato ed efficiente.

Un secondo ordine di argomentazioni riguarda poi la posizione dei soggetti che non decidano di aderire all'azione di classe.

A ben vedere, infatti, anche questi ultimi, pur non entrando a far parte del procedimento collettivo, soffrono comunque una limitazione relativa alle garanzie processuali in quanto pur potendo

³¹¹ Suprema Corte degli Stati Uniti, 25 ottobre 1940, n. 311.

agire individualmente vedono precludersi la possibilità di adire collettivamente, in un secondo momento, la tutela giurisdizionale.

Tale ipotesi, definita come “effetto consumativo del potere di azione”³¹², prevede infatti che una volta che sia stata proposta un’azione di classe derivante da un illecito plurioffensivo non possa esserne successivamente esperita un’altra avente lo stesso contenuto ed i medesimi fatti.

Se questa argomentazione è corretta – e sembrerebbe esserlo visto che l’effetto consumativo era presente nella precedente edizione dell’azione di classe e risulta essere stata mantenuto anche con la disciplina del 2019 – è giocoforza concludere che entrambi i meccanismi, sia quello di *opt-in* che quello di *opt-out*, presentino problemi di costituzionalità riguardo al sacrificio del diritto di difesa dei componenti della classe³¹³.

In una tale ipotesi una differenza concreta fra le due situazioni non esiste, quindi «*la nostra disciplina di legge pone chi esercita l'opt-in nella stessa condizione cui è sottoposto il class member nei sistemi di opt-out. La classe è fatta sì d'aderenti [...], ma compiuta l'adesione essi accusano la stessa estraneità alla lite che spetta ai class member americani*»³¹⁴.

Da un punto di vista logico quindi sembra possibile affermare o che entrambi i modelli siano incostituzionali o che invece nessuno dei due lo sia e che quindi il trattamento iniquo riservato al sistema di *opt-out* in tutti questi anni risultava essere ingiustificato e privo di fondamento giuridico alcuno.

Dato che considerare come incostituzionale un sistema che opera ormai da dieci anni potrebbe portare a risultati e conseguenze non particolarmente positive ed estremamente difficili da affrontare per l’ordinamento, senza particolari problematiche in questa sede ci si unisce a chi da anni parteggia per l’inserimento dell’*opt-out* anche in Italia e per la vincolatività delle sentenze a tutti gli appartenenti alla classe, indipendentemente dal loro consenso.

Un tale ordine di idee infatti, oltre al valore eminentemente pratico e pragmatico di sacrificare alcune delle garanzie processuali minime in ragione di esigenze di efficienza della tutela e di

³¹² DONZELLI, in enciclopedia giuridica Treccani, voce *Azione di classe risarcitoria*.

³¹³ PUNZI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 253.; CANALE, *Il «convitato di pietra» ovvero l'aderente nell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pag. 1314.

³¹⁴ FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano. Profili sostanziali*, Torino, 2012, pag. 110.

economia processuale, risultano essere supportate anche sia dal controllo operato dal giudice delegato al procedimento collettivo sulla causa, sia dalla possibilità di chiamata del pubblico ministero³¹⁵.

E ciò in quanto «*il contraddittorio non è un bene in sé, nel senso che non è ciò cui è finalizzata l'attività giurisdizionale, che è invece rivolta ad ottenere tutela*»³¹⁶. Il fine di tale attività risulta infatti essere quello di garantire un elevato ed effettivo livello della tutela giurisdizionale, che può quindi, per tale ragione, andare a degradare il contraddittorio stesso³¹⁷.

A questo punto, una volta che sia stato compreso che in entrambi i modelli presi in considerazione vi è una limitazione delle facoltà di tutela, risulta evidente che il limite costituzionale posto dal legislatore e dagli interpreti non riguardi i diritti processuali fondamentali ma qualcos'altro.

Quindi, se risulta appurato che in qualsiasi caso vi possa essere una limitazione delle garanzie processuali, se altrettanto vero è il fatto che un tale sistema risulta essere stato predisposto ed applicato dal nostro legislatore, ciò che si può concludere è che il fulcro del problema sia da individuarsi nella scelta da parte del soggetto. Sarebbe a dire nella sua facoltà nel decidere come tutelarsi e “se” o meno tutelarsi, la facoltà di optare per una possibilità e di ritrovarsi la compressione delle garanzie derivante specificatamente da essa³¹⁸.

A tal riguardo una parte della dottrina ha sostenuto che se si utilizzasse il meccanismo di *opt-out* vi sarebbe la violazione del diritto di azione spettante a ciascuno in quanto risulta essere presente il rischio che qualcuno dei soggetti si ritrovi inconsapevolmente e senza saperlo vincolato da una decisione giurisdizionale nella quale non solo non ha potuto valutare come difendersi ma di cui potrebbe non conoscerne nemmeno l'esistenza. È stato infatti sostenuto che «*il sistema di opt out, in considerazione delle modalità con cui può avvenire la comunicazione della pendenza della lite collettiva, non offre garanzie sufficienti circa il fatto che coloro che non hanno partecipato al*

³¹⁵ A tali due soggetti è infatti demandato il compito di controllare che la causa si svolga secondo esigenze di ordine pubblico. Ossia che per tutto il corso del procedimento i poteri processuali siano esercitati adeguatamente nell'interesse della classe che a riguardo deve essere esaustivamente informata.

³¹⁶ LUIISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981, pag. 21.

³¹⁷ BERTOLINO, *L'«opt-out» nell'azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, fasc.2, 2016, pag. 475

³¹⁸ DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria «di classe»: profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. e prev.* 2010, 10, pag. 1931 a tal riguardo scriveva che «l'aspetto volontaristico attiene solo all'an della confluenza delle varie posizioni soggettive nell'azione collettiva, appunto al “se” dell'adesione, mentre effetti ed intensità della sostituzione sono espressamente regolati nel senso di un controllo assoluto ed incontrastato di condotta e strategia processuali da parte dell'attore di classe»

processo avessero effettivamente la volontà di essere rappresentati dall'attore e di vedere tutelate, con la domanda da questo promossa, anche le loro situazioni di vantaggio»³¹⁹.

Si osserva che in siffatte ipotesi non vi è infatti una scelta da parte del soggetto che semplicemente si ritroverà a far parte automaticamente dell'azione.

Tali argomentazioni non sembrano però bastevoli e sufficienti per giustificare il modello a adesione facoltativa che è stato invece proposto dai vari legislatori nel corso degli anni e nel susseguirsi di riforme legislative.

In primo luogo, perché se tale scelta non è presente all'interno del processo essa comunque risulta esservi successivamente per la facoltà di uscire dal procedimento collettivo.

In secondo luogo, perché l'*opt-in*, per la sua stessa natura, risulta essere un modello in grado di compromettere l'effettività della tutela giurisdizionale in ragione delle basse adesioni che sono state riscontrate negli anni della sua applicazione³²⁰.

In terzo luogo, infine, poiché non è condivisibile l'impostazione secondo cui il consenso di un soggetto sarebbe riscontrabile solo attraverso un suo comportamento positivo e non anche mediante uno negativo come appunto l'inerzia.

Nel nostro ordinamento risultano infatti essere presenti delle situazioni³²¹ in cui un soggetto scelga di non prendere parte e di non partecipare ad un procedimento giurisdizionale ed in tali casi, a patto che venga tempestivamente ed efficacemente informato a riguardo, non sorgono questioni o problematiche di costituzionalità³²².

Vista la presenza di tali ipotesi sembra quindi possibile affermare che sia sufficiente l'informazione, *rectius* la presunzione legale d'informazione³²³, per poter considerare il comportamento negativo tenuto da un soggetto come una scelta.

Così facendo l'attenzione si sposta inevitabilmente sull'*«inerzia consapevole»³²⁴*, ossia su quella situazione in cui, dopo aver messo taluni soggetti nella possibilità astratta di conoscenza

³¹⁹ MENCHINI, *Azioni seriali e tutela giurisprudenziale: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in www.judicium.it.

³²⁰ GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2008, pp. 239 e 246, a tal riguardo afferma che il sistema di *opt-out* è preferibile per efficienza poiché in presenza di un'azione collettiva solo esigue percentuali di interessati si attivano, sia per entrare, sia per fuoriuscire dall'azione.

³²¹ Si faccia l'esempio del "contumace".

³²² BERTOLINO, *L'«opt-out»*, op. cit..

³²³ Si utilizza l'espressione "presunzione legale d'informazione" perché in tali casi, così come accade nell'ipotesi della contumacia, basta la ricezione dell'informazione per far presumere la sua conoscenza.

³²⁴ GIUSSANI, *Azioni collettive e risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, pag. 47.

attraverso la comunicazione di determinate informazioni, sia possibile ritenere che essi, in questo caso i membri della classe, abbiano deciso tacitamente di rinunciare ad alcune garanzie costituzionali, il diritto d'azione individuale.

In un quadro del genere risulta chiaro come allora possa rivestire un valore fondamentale la concreta modalità d'informazione, nonché la necessità della sua effettività, nonostante la presenza della presunzione legale di conoscenza.

Per l'angolo prospettico appena analizzato, se non vi fosse una pronuncia costituzionale di senso opposto³²⁵ si potrebbe anche ipotizzare su una sua incostituzionalità per violazione dell'effettività della tutela giurisdizionale *ex* articolo 24 della Costituzione.

Un ultimo aspetto, finora non considerato nei ragionamenti svolti, è quello relativo alle situazioni in cui la comunicazione attraverso notifica non sia possibile in quanto non siano conoscibili, in maniera predeterminata, tutti i soggetti astrattamente destinatari di un'informazione. Ossia di quei soggetti che non siano preventivamente individuabili.

Tale lacuna è fortunatamente colmata sia dal disposto dell'articolo 150³²⁶ del codice di procedura civile sia dalle concrete e valide facoltà che la nostra epoca ci consente per via dell'avvento del mondo digitale.

È in quest'ottica quindi che deve essere pensato, compreso e inquadrato l'articolato e complesso sistema di pubblicazione/comunicazione personale previsto dalla novella disciplina del 2019 descritto in precedenza.

Alla luce dei ragionamenti fatti ciò che sembrerebbe fuoriuscire è la mancanza di una reale motivazione che osti all'introduzione e all'utilizzo del modello di *opt-out* all'interno del nostro

³²⁵ Corte cost., 1978, n. 10, la quale ha affermato, in un emblematico esempio di bilanciamento tra differenti esigenze di rango costituzionale, che se «sussiste l'effettiva impossibilità di svolgere o far svolgere un'attività notificatoria [...] può consentirsi (a salvaguardia dell'interesse, di preminente valore pubblico, a che l'esercizio della funzione giurisdizionale non resti paralizzato) il ricorso ad una forma di notifica dalla quale derivi una semplice presunzione legale di conoscenza».

³²⁶ Testo integrale art. 150 c.p.c.: «Quando la notificazione nei modi ordinari è sommamente difficile per il rilevante numero dei destinatari o per la difficoltà di identificarli tutti, il capo dell'ufficio giudiziario davanti al quale si procede, può autorizzare, su istanza della parte interessata e sentito il pubblico ministero, la notificazione per pubblici proclami.

L'autorizzazione è data con decreto steso in calce all'atto da notificarsi; in esso sono designati, quando occorre, i destinatari ai quali la notificazione deve farsi nelle forme ordinarie e sono indicati i modi che appaiono più opportuni per portare l'atto a conoscenza degli altri interessati.

In ogni caso, copia dell'atto è depositata nella casa comunale del luogo in cui ha sede l'ufficio giudiziario davanti al quale si promuove o si svolge il processo, e un estratto di esso è inserito nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica».

ordinamento. Ciò che sembra chiaro è che vi sia una forte resistenza per tutto ciò che possa provenire o che sia di matrice anglosassone.

Tale ostruzionismo giuridico, probabilmente ancorato alla *summa* e, forse, insuperabile distinzione fra *common* e *civil law*, comporta un fastidioso rallentamento verso il progresso del diritto ed una ingiustificata flessione della facoltà d'azione e, di conseguenza, dell'effettività della tutela giurisdizionale. Ci si chiede infatti come possa essere considerato costituzionalmente conforme un sistema in cui in talune circostanze la possibilità pratica di adizione giurisdizionale venga a mancare.

Evitando di soffermarsi sul già sconcertante (ma emblematico) numero di partecipazioni a procedimenti collettivi che si sono riscontrate negli anni passati, ci si chiede come sia accettabile un sistema dove si disponga l'esaurimento dell'azione collettiva a seguito della mancata adesione ad un precedente procedimento.

Tale meccanismo di *opt-in* mortifica l'istituto dell'azione collettiva visto che una delle sue finalità specifiche era proprio quella di permettere la possibilità di tutela giurisdizionale aggregata di quelle situazioni che, se prese singolarmente, ne sarebbero rimaste prive in ragione dell'antieconomicità del percorso giudiziario. Ci si chiede come sia possibile che il sistema permetta un tradimento così forte di sé stesso e come possa lasciare dei soggetti nella stessa situazione che doveva evitare e per la quale era stato creato.

Una volta terminata la trattazione della distinzione fra il sistema di *opt-in* e quello di *opt-out* sembra opportuno concludere questa trattazione andando a trattare quegli aspetti innovativi che maggiormente convincono riguardo alla nuova disciplina legislativa.

Come si era già forse accennato in precedenza una delle innovazioni migliori compiute dalla riforma oggetto di quest'ultimo capitolo risulta essere la disciplina dell'azione inibitoria collettiva prevista dall'articolo 840- *sexiesdecies*.

Tale sistema, fra i molti pregi che gli possono essere attribuiti³²⁷ ha senz'altro quello della predisposizione e della presenza al suo interno di un'articolata disciplina di misure accessorie alla sentenza di condanna.

Nella sentenza che inibisca la diffusione o la prosecuzione di un comportamento capace di provocare un danno seriale ad una platea indeterminata di soggetti è infatti possibile aggiungere ulteriori capi condannatori contenenti l'obbligo di diffusione del procedimento «*mediante utilizzo dei mezzi di comunicazione ritenuti più appropriati*», le misure idonee dirette ad «*eliminare o ridurre gli*

³²⁷ Si ricordino in questa sede l'estensione dell'ambito soggettivo di legittimazione, efficace scelta del rito camerale dovute alle esigenze derivanti dal *periculum in mora*.

effetti delle violazioni accertate» e i provvedimenti d'esecuzione forzata indiretta *ex* articolo 164- *bis* del codice di procedura civile.

Per quanto riguarda la prima innovazione essa risulta avere l'indubbio valore di accrescere l'effettività della tutela giurisdizionale in quanto svolge un ruolo simile a quello svolto dal diritto fondamentale d'informazione *ex* art. 2 della disciplina consumeristica.

La diffusione dell'informazione della presenza nel mercato di un soggetto e di un comportamento che sono stati considerati illeciti e contrari alla legge svolge un ruolo deterrente in tre differenti modalità.

Per prima cosa ha un ruolo di deterrenza generale rispetto alla commissione di ulteriori illeciti in quanto la diffusione di una tale conoscenza permette ai soggetti di evitare di compiere quegli atti e di tenere quelle condotte che li porterebbero successivamente a rischiare di subire un danno.

In secondo luogo, possiede un effetto deterrente diretto nei confronti di professionisti e di gestori di servizi pubblici e di pubblica utilità in quanto vorranno evitare le problematiche economiche derivanti dalla pubblicità negativa e dal discredito che la diffusione dell'informazione su un'azione inibitoria a loro credito potrebbe comportare.

In terzo luogo, svolge un effetto deterrente indiretto, che a sua volta andrà a influenzare quello diretto, in quanto i soggetti che avranno notizia della condanna inibitoria diffideranno dall'intraprendere un rapporto commerciale con un tale soggetto.

Per quanto riguarda la seconda innovazione, ossia la possibilità di pronuncia di sanzioni atipiche quali le "misure idonee", essa si dimostra estremamente importante e rilevante per due differenti motivazioni.

La prima categoria riguarda l'effettività della tutela giurisdizionale da un punto di vista pratico, ossia nella concreta possibilità di andare ad ottenere «tutto quello e proprio quello» di cui si ha diritto.

La possibilità concessa al giudice di andare a declinare e a graduare la tipologia di provvedimento da emanare nella maniera più efficace e più conforme possibile al caso concreto permette infatti un innalzamento del livello generale di tutela concretamente prevedibile e comminabile.

È propriamente a questo che si faceva riferimento nel corso del primo capitolo quando si trattava del ruolo del legislatore nella diffusione e nell'innalzamento della tutela giurisdizionale. Egli ha infatti il compito di creare i migliori meccanismi per garantire l'effettività della tutela e fare in modo che essi possano diffondersi sia dal punto di vista oggettivo, ossia nel numero, sia da quello soggettivo, cioè che vengano avvertiti come i più consoni all'attuazione delle esigenze delle persone e dell'ordinamento.

La seconda categoria di motivazioni riguarda invece l'effettività della tutela da un punto di vista astratto, ossia nella diffusione, così come è stata appena accennata, degli istituti che maggiormente possano adattarsi alle reali esigenze della vita quotidiana.

Tale diffusione potrebbe avvenire con due differenti modalità, o attraverso la particolarizzazione di tutti gli istituti giuridici o attraverso la generalizzazione delle facoltà concesse sia al giudice sia alle parti.

La prima delle due ipotesi consiste nella creazione precisa, pedissequa e meticolosa di un numero indefinito di norme in grado di andare a disciplinare qualsiasi tipo di fattispecie concreta visto il loro elevatissimo grado di specificità.

Tale situazione però, seppur astrattamente da preferire, risulta essere da scartare per via dell'impossibilità pratica di predisposizione aprioristica di un sistema tale da potersi considerare completo e finito, per non considerarne poi gli eccessivi costi e formalismi inutili.

Il secondo caso consiste nella diffusione indiscriminata dell'atipicità, ossia nella predisposizione di un sistema giuridico in cui qualsiasi soggetto sia in grado di poter adattare liberamente i propri comportamenti all'interno della parabola giudiziaria. In altri termini si tratterebbe di un ordinamento che non prevedendo strade fisse da percorrere, lasci liberi i soggetti di determinare l'andamento del processo e di tutte le scelte in esso contenute in maniera non vincolata per permettergli di adattarla nella maniera più efficace possibile al bene della vita o alla situazione controversa sottesa.

A riguardo si faccia il caso della tipicità dell'azione.

Com'è noto nell'ordinamento civile esiste l'atipicità dell'azione, ossia che le azioni di cui risulti disponibile l'esperimento sono limitate ad un elenco, appunto tipico, e che non risulta possibile utilizzarne di diverse. Di conseguenza o vi è l'azione e quindi vi è anche la tutela o non vi è la tutela poiché non vi è l'azione.

Seppur fiduciosi delle scelte operate dal legislatore e del suo continuo e infinito rinnovamento, in questa sede ci si chiede non cosa possa accadere nel caso in cui venga fatta una domanda che non potrà ottenere tutela poiché sfornita dell'azione tipizzata, ma piuttosto come l'ordinamento possa accettare questa situazione. In altri termini ci si domanda come possa essere accettato in maniera connivente dall'ordinamento l'aver conoscenza e consapevolezza di una propria lacuna e che nonostante ciò si rimanga inermi e non ci si prodighi per una sua risoluzione³²⁸.

³²⁸ Tale domanda risulta essere accolta con ancora più sgoimento vista la presenza del principio di atipicità dell'azione in ambito amministrativo.

Per quanto riguarda la terza tipologia di condanna accessoria, ossia la possibilità di andare a comminare misure di coercizione indiretta, essa risulta avere una portata dirompente sia dal punto di vista pratico che teorico.

L'importanza dal punto di vista pratico risulta evidente se si considerino gli effetti positivi che una tale «previsione ancillare»³²⁹ potrebbe avere rispetto al principale e contestuale provvedimento condannatorio. La previsione di una sanzione pecuniaria calcolata per numero di violazioni di unità di tempo o di comportamenti permette infatti un sicuro e significativo aumento statistico delle percentuali di attuazione del provvedimento principale.

Dal punto di vista teorico l'importanza ha invece una dimensione completamente differente.

L'inclusione del rimedio che permette la resa dell'inadempimento maggiormente gravosa di quella dell'adempimento all'interno delle condanne accessorie astrattamente utilizzabili dal giudice all'esito di un procedimento inibitorio collettivo potrebbe infatti essere un primo passo nel permettere la diffusione dell'istituto anche al di fuori del caso appena riscontrato.

Si faccia l'esempio in cui un *astreinte* sia comminata contestualmente alla sentenza di accoglimento dell'azione di classe.

Adottando una visione pubblicistica, si potrebbe ipotizzare la predisposizione della misura a favore dell'erario statale tutte le volte che un determinato soggetto reiteri gli stessi comportamenti illeciti nel futuro, assumendo in questo modo un ruolo in grado di incidere sul benessere del mercato nazionale e internazionale e potendo essere utilizzata come entrata di liquidità da mettere a bilancio nella legge finanziaria. Qualora invece si propendesse maggiormente per la sua concezione privatistica si potrebbe andare ad ipotizzare, in caso di violazione del precetto giuridico, o un aumento della remunerazione di ciascun aderente in misura proporzionale oppure la predisposizione di un fondo dal quale ogni successivo soggetto, venutosi a trovare nelle stesse condizioni dei precedenti membri della classe e sottoposto al medesimo illecito, possa ritirare direttamente la somma a lui spettante.

In tale maniera infatti si ovvierebbe la problematica della perdita concreta di tutela giurisdizionale dovuta all'effetto consumativo dell'azione collettiva e all'antieconomicità di quella individuale e si otterrebbe anche un indiretto beneficio per tutto l'ordinamento in quanto risulta evidente il ruolo deflattivo che una tale ipotesi potrebbe avere.

³²⁹ CAPPONI, *Manuale di diritto*, op. cit., pag. 32.

A valle dell'analisi dei benefici pratici introdotti dall'articolo 840- *sexiesdecies* della novella riforma sembra possibile concludere la trattazione con un ultimo ragionamento in grado di collegare i punti maggiormente importanti della disciplina in questione.

Come si è appena detto, tutte e tre le discipline accessorie risultano presentare alcune caratteristiche che le rendano per certi aspetti ben congeniate e funzionali alla disciplina del procedimento inibitorio collettivo. Tutte però danno luogo ad un problema, o meglio, un limite: la loro utilizzabilità è prevista solo a seguito di un'istanza promossa da una delle parti del giudizio non essendo prevista e disciplinata la facoltà di una pronuncia *ex officio* a riguardo.

In tutte queste ipotesi infatti, sembrerebbe ben più conforme al principio di effettività della tutela prevedere la facoltà per il giudice di andare ad emettere delle statuizioni con all'interno una delle ipotesi appena descritte senza la necessità che a richiederlo sia una delle parti del giudizio.

Prevedere la possibilità di una pronuncia "libera" da parte del magistrato, pur presentando le problematiche del difetto di *ultra* petizione³³⁰, permetterebbe infatti di aumentare le loro possibilità di andare a garantire che all'esito del procedimento giurisdizionale si ottenga "tutto quello e proprio quello" di cui si ha diritto.

È anche in ciò che si sostanzia il riferimento fatto nel primo capitolo riguardo al ruolo che i singoli magistrati possano avere sull'effettività della tutela: permettere loro di decidere autonomamente il contenuto delle statuizioni fra un ventaglio di ipotesi possibili, invece di farlo rimanere vincolato al rigido ed inflessibile dettame della legge, potrebbe infatti essere una delle migliori modalità pratiche per conseguire un innalzamento dell'effettività della tutela così come descritto nel primo capitolo di questa trattazione, ossia la corrispondenza pressoché identica fra la situazione esistente prima del conseguimento dell'illecito e a seguito della decisione giurisprudenziale.

Considerando che è lo Stato a farsi garante della tutela di alcune situazioni che infatti possono essere perpetrate d'ufficio, così come previsto dall'articolo 2907³³¹ del Codice civile non si

³³⁰ Il fenomeno di *ultra* petizione si ha nelle ipotesi in cui il giudice vada a statuire su un qualcosa che non sia stato domandato dalle parti, violando quindi il disposto dell'articolo 112 del c. p. c. riguardo alla corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

³³¹ Testo integrale art. 2907 c. c. : «Alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria su domanda di parte e, quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio.

La tutela giurisdizionale dei diritti, nell'interesse delle categorie professionali, è attuata su domanda delle associazioni legalmente riconosciute, nei casi determinati dalla legge e con le forme da questa stabilite.».

comprende come tale impostazione non possa riguardare anche la pronuncia giurisdizionale, ossia il mezzo concreto per garantire l'effettività della tutela del nostro ordinamento.

Ciò che quindi in sintesi non risulta chiaro è come mai viene ad essere giustificata la possibilità di andare a adire un giudizio d'ufficio senza la proposizione a tal riguardo di nessun soggetto per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale e che tale giustificazione non venga estesa anche alla possibilità di una pronuncia più libera a favore del magistrato per i medesimi fini.

A ben ragionare, tale differenziazione non sembra motivata da particolari ragioni logiche o di diritto, pertanto sarebbe giocoforza concludere che possa e che anzi debba essere estesa anche ad altre situazioni che non sono state disciplinate, erroneamente, dal legislatore.

Conclusioni

All'esito della presente trattazione risulta necessario trarre delle osservazioni conclusive per permettere una razionalizzazione di quanto appena descritto e per tirare le fila del discorso, individuando i punti salienti della disciplina dell'azione di classe.

Come si è avuto modo di vedere nella presente trattazione, il principio di effettività della tutela giurisdizionale risulta essere declinabile in vario modo. Infatti, le derivazioni provenienti dall'articolo 24 della Costituzione risultano essere molteplici e numerose, variando secondo il singolare e relativo angolo prospettico apportato da ciascuno dei soggetti che su di esso si siano trovati ad interrogarsi.

Nella visione prospettata da Chiovenda, il più famoso e autorevole degli interpreti che abbia effettuato delle osservazioni e delle considerazioni a riguardo, il principio in questione ha l'obbligo di garantire che un soggetto, leso da un comportamento o da un illecito da parte di un altro soggetto, possa adire l'autorità giudiziaria per riuscire ad ottenere "tutto quello e proprio quello" che la normativa sostanziale gli garantirebbe ove non si fosse venuta a creare una situazione patologica in grado di andare ad influire su di una vicenda giuridica soggettiva.

Secondo l'idea di Chiovenda dunque, il processo, avendo natura strumentale rispetto alla normativa sostanziale, dovrebbe permettere la ricomposizione della corrispondenza fra quanto astrattamente voluto dalle previsioni normative primarie del legislatore e la realtà sostanziale così come riaffermata dal giudizio.

Nell'arco del primo capitolo si è avuto modo di andare ad analizzare sia la portata oggettiva del profilo di effettività della tutela giurisdizionale, il quale presenta numerose e varie declinazioni riscontrabili in maniera diversificata in differenti aree della giurisdizione, sia la portata soggettiva, ossia la delineazione dei soggetti che a vario titolo possano ad esso contribuire e le modalità concrete per farlo.

L'analisi svolta è stata compiuta per permettere la comprensione della natura e della reale portata del principio di effettività della tutela in base all'interpretazione che gli è stata data dalla giurisprudenza, dalla dottrina e in base al parametro normativo e costituzionale.

Nell'arco del secondo capitolo si è invece provveduto a dare un quadro d'insieme della figura del consumatore della sua tutela sostanziale, nonché della natura e della struttura dei procedimenti collettivi. Si è effettuato un raffronto fra la disciplina statunitense, in quanto culla delle azioni di classe, con la disciplina italiana nelle sue varie forme, a partire dai primi disegni di legge, mai venuti alla luce, che furono presentati in Parlamento a tal riguardo.

Il fine della seconda parte della presente trattazione era infatti quello di andare a valutare l'atteggiamento e la declinazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale nella fattispecie venutasi a creare a seguito di un illecito seriale e plurioffensivo.

Si è infatti visto ed analizzato che il nostro sistema, prima della previsione del primo modello di procedimento collettivo, ossia "l'azione collettiva risarcitoria", presentava una grossa lacuna normativa che non permetteva la tutela collettiva di categorie di diritti simili o comunque scaturenti dalla medesima situazione di fatto.

Tale problematica situazione è stata risolta, anche se solo in maniera parziale e non senza imperfezioni e sbavature, con l'avvento della disciplina legislativa numero 244 del 24 dicembre del 2007.

Il modello creatosi e derivante dalla disposizione legislativa in questione è stato poi successivamente e più volte modificato. Tali ulteriori variazioni sono state dovute a tre differenti tipologie di motivazioni.

La prima di queste è stata costituita dalle numerose e pressanti influenze che sono derivate a tal riguardo dal diritto dell'Unione Europea che si era prefissata l'obiettivo della predisposizione di una normativa comune e armonizzata fra tutti gli Stati membri in relazione ad ipotesi di procedimenti collettivi.

Il secondo ordine di motivazioni è dipeso dal recepimento dalle suggestioni e del prestigio provenienti dalla disciplina statunitense che ha visto il suo imporsi vuoi per la sua autorevolezza vuoi per l'entusiasmo eccessivo dimostrato da alcuni dei nostri interpreti verso il modello della *class action* oltre oceanica, vuoi invece per la completa avversione dimostrata da altri.

Il terzo ed ultimo gruppo di motivazioni è basato sul dato pratico e fattuale che si è avuto in seguito all'esperimento dei primi casi di procedimenti collettivi in Italia.

Quello che il nostro ordinamento interno ha fatto è stato fondamentale l'andare ad analizzare la casistica delle azioni collettive proposte davanti all'autorità giudiziaria, andando ad effettuare modifiche mirate nei punti che avevano creato maggiori problematiche o che meno convincevano per il corretto e funzionale sviluppo del procedimento di classe.

Nonostante l'intervento di questi numerosi tentativi di riforma la strutturazione della disciplina dell'azione di classe italiana ha infatti da sempre presentato numerose difficoltà applicative sia sul piano del diritto che su quello fattuale.

Tale situazione non particolarmente confortante ha portato dunque ad un'ultima e recentissima riforma legislativa che ha ridisegnato, pur non cambiandone i tratti fondamentali, la disciplina dell'azione di classe in Italia.

La novella disposizione normativa, la legge numero 31 del 12 aprile 2019, è stata oggetto d'analisi nel terzo ed ultimo capitolo di questa trattazione, la quale si è soffermata sul funzionamento e sull'attuazione pratica di tutte le norme in essa contenute andandone ad indagare il senso, la *ratio* sottesa, l'applicazione, la valutazione di conformità costituzionale e i possibili effetti pratici.

Dall'analisi effettuata è stato possibile enucleare una serie di osservazioni.

In primo luogo, risulta evidente come l'ultima modifica legislativa non possa sfortunatamente essere considerata come il punto di arrivo della disciplina sui procedimenti collettivi ma solo un ulteriore ed ennesimo suo punto di passaggio.

La disposizione di legge in questione presenta infatti ancora numerose problematiche applicative e al contempo non sembra abbracciare ancora compiutamente tutte le idee e le concezioni che dovrebbero essere alla base dell'azione di classe.

Riguardo al primo ordine di problematiche, si può dire che la disciplina di prossima applicazione appare essere ben lontana dal permetterne un suo funzionamento lineare e privo di dubbi in quanto emergono diverse ipotesi di incertezza come nel caso delle due fasi di adesione che sono state previste o riguardo al progetto dei diritti individuale omogenei.

In riferimento all'ideologia alla base della definizione della nuova azione di classe si può notare come il legislatore non abbia avuto un'idea particolarmente chiara e precisa predisponendo determinati istituti con finalità differenti da quelle che dovrebbero essere proprie di un procedimento collettivo e in molti casi non coerenti con il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

In secondo luogo, si è osservato come l'approccio della maggior parte degli interpreti sia estremamente limitato e diffidente in relazione e nei confronti dei procedimenti collettivi.

Ciò che è stato possibile comprendere è la vigenza di un approccio di immotivata sfiducia, cauto e sospettoso, nei confronti del modello di *class action* come ideato negli Stati Uniti d'America.

Si è infatti analizzato come le principali critiche che gli vengono mosse, soprattutto di natura costituzionale, siano derivate dalla circospezione con cui viene guardato dai nostri interpreti il modello statunitense e non provengano invece da argomentazioni logico-giuridiche che abbiano una base argomentativa forte e convincente.

A riguardo si è infatti posto il caso e l'esempio del modello di *opt-out* previsto dalla normativa d'oltreoceano per permettere l'applicazione generalizzata e senza la necessaria tenuta di un comportamento da parte del soggetto interessato, a tutta la categoria dei soggetti astrattamente individuabili.

Il nostro legislatore infatti a riguardo, vittima delle impostazioni costituzionali, ha preferito optare per il più semplice e pratico meccanismo di *opt-in* il quale però garantisce una minor tutela

giurisdizionale in quanto imperniato sulla necessità e necessarietà di un comportamento positivo e attivo da parte del soggetto interessato a aderire all'azione di classe.

In terzo luogo si è provveduto, a seguito dell'analisi della disciplina del 2019, ad ipotizzare alcune possibili ipotesi di ulteriore riforma, non solo per quanto riguarda l'azione di classe, sugli aspetti di maggior criticità della novella disposizione normativa o prospettando la generalizzazione di quei meccanismi da essa statuiti che sono stati ritenuti di miglior pregio.

In particolare, si è provato a mettere in luce come il sistema delineato sia animato da una duplice natura.

Per certi aspetti infatti alcune delle norme della disciplina in questione, come quelle riguardanti il regime delle spese, gli accordi di natura transattivo-conciliativa interni al procedimento, l'esecuzione forzata collettiva, l'azione collettiva inibitoria e la disciplina della pubblicazione-comunicazione personale dei provvedimenti, sono improntate a garantire un elevato ed effettivo livello di tutela giurisdizionale con la predisposizione di istituti accurati, mirati e adeguatamente congeniati. Mentre altre invece, come ad esempio quelle riguardanti il progetto dei diritti individuali omogenei o l'adempimento spontaneo, appaiono di applicazione estremamente incerta a causa della loro predisposizione formale non particolarmente fortunata e imprecisa.

Sulla base di queste premesse è quindi stata da un lato ipotizzata la generalizzazione e l'estensione di alcuni istituti quale la pubblicazione dei provvedimenti o la comminazione di *astreinte* quali condanne accessorie, dall'altro proposta una visione maggiormente antiformalista del diritto in un'ottica evolutiva della scienza giuridica.

Risulta infatti essere un'idea radicata nel pensiero di chi scrive quella della necessità di un approccio più elastico e meno formale nei confronti della legge e del suo verbo.

Una tale concezione sembrerebbe essere basata sul presupposto che, e a riguardo la disciplina dell'azione di classe ne costituisce un chiaro esempio, non sia concretamente possibile andare a costituire un sistema completo e compiuto che possa racchiudere al suo interno la definizione di tutte le ipotesi che astrattamente si potrebbero verificare in un contesto sociale.

Per tale ragione, vista l'impossibilità di una tale predisposizione, l'unica alternativa percorribile parrebbe essere quella di rimarcare ancor di più i caratteri di generalità e astrattezza che sono propri della legge, per permettergli in tal maniera di potersi adattare a qualsiasi tipologia di caso concreto e di andare a garantire, in questo modo, un più elevato livello di tutela in entrambe le sue vesti, giurisdizionale e non.

Le motivazioni dietro ad una tale prospettiva risultano essere duplici.

Da un lato vi è la forte convinzione che l'approccio seguito sin ora dal legislatore di andare ad intervenire sulle disposizioni normative solo in reazione ed *ex post* al sorgere di una situazione problematica e di crisi del sistema, non sia la maniera più rigorosa, scientifica e migliore di procedere. In quanto ci si sofferma eccessivamente sulla risoluzione del singolo caso concreto perdendo di vista più ampi ragionamenti di ordine generale e di principio.

Da un altro angolo prospettico invece ci si chiede come si possa continuare imperterriti con l'approccio tenuto sin ora poiché, indipendentemente dalla bontà dei ragionamenti posti alla sua base, è evidente come dalla risoluzione di alcune problematiche ne derivino quasi sempre altre, da queste altre ancora e così via, finendo in concreto nel cadere in un circolo vizioso che obiettivamente non può essere considerato come la modalità migliore di risoluzione delle crisi sistematiche del nostro ordinamento e che di conseguenza dovrebbe essere abbandonato per provare a sperimentare un tentativo differente.

Se questa sembra essere la situazione attuale risulta chiaro ed evidente come la previsione di una maggior flessibilità della legge potrebbe portare ad una risoluzione delle controversie maggiormente orientata verso la situazione in concreto sottesa e di conseguenza più probabilmente corretta e adeguata.

La necessità della previsione di un procedimento collettivo risulta appare l'emblema della limitatezza del nostro ordinamento.

Senza la predisposizione di un tale istituto infatti la tutela giurisdizionale e la sua effettività venivano notevolmente compresse se non addirittura limitate del tutto, a causa dell'antieconomicità dei procedimenti individuali, arrivando a non far ottenere nessun tipo di tutela ai soggetti che si fossero visti lesi da un illecito plurioffensivo.

In altri termini, ciò che si vuole affermare è che la necessità della predisposizione di un tale tipo di azione per permettere la tutela giurisdizionale collettiva contrasta con il principio di effettività della tutela stessa, considerato a livello generale e *tout court*, in quanto in base ad esso dovrebbe bastare il semplice diritto d'accesso al giudice e alla tutela processuale.

Per tale ragione quindi si prospetta e auspica una ridefinizione evolutiva del diritto in un'ottica antiformalista e atipica, così che il nostro ordinamento giuridico possa finalmente smetterla di inglobare al suo interno ipotesi astrattamente tutelabili, vista la presenza dell'attribuzione della situazione giuridica soggettiva, ma concretamente inattuabili e prive di tutela.

Se della correttezza di tali argomentazioni non vi può essere, come è evidente, una prova empirica e immediata, sarà dunque lo scorrere inesorabile del tempo che ci fornirà ulteriori dati e

parametri d'interpretazione per una successiva e postuma valutazione sia del funzionamento dell'azione di classe che di quanto prospettato.

Bibliografia

ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015.

ANDOLINA, *Processo ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Studi in memoria di A. Bonsignori*, Milano, 2004, I vol..

ANDOLINA, *La cooperazione internazionale nel processo civile*, relazione al X Congresso mondiale di diritto processuale della International Association of Procedural Law, Taormina, 1995.

ANDRIOLI, *Progresso del diritto e stasi del processo*, in *scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, V, Padova, 1958, pag. 411, ora anche in *Scritti giudici*, I, Milano, 2007.

ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 2007.

BALENA, *Aspetti processuali della tutela dei consumatori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006.

BARCELLONA, *Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo-mondiale*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1977.

BARBA, *Commento all'art. 129*, in *Commentario al codice del consumo*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007.

BARTOLOMUCCI, *Class action. Come cambia la nuova class action, l'estensione dei diritti collettivi da tutela dai diritti identici a tutela dei diritti omogenei?*, in Newsletter n. 4 del 1 giugno 2012, di *Consumer's Forum*.

BELLELLI, *L'azione di classe (art. 140 bis, D.lgs. 6.9.2005, n. 206)*, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di A. Catricalà e P. Troiano, Torino, 2010.

BIAVATI, *Europa e processo civile. Metodi e prospettive*, Torino, 2003.

BERTOLINO, *L'« opt-out » nell'azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, fasc.2, 2016.

BIAVATI, *Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo il trattato di Amsterdam*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998.

BIAVATI – CARPI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 1994.

BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, 1979.

ancora CAMILLETTI, *Il nuovo art. 140-bis del codice del consumo: l'azione di classe*, in *Contratti*, 2009.

CANALE, *Il « invitato di pietra » ovvero l'aderente nell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2010.

- CAPPONI, *Manuale di diritto all'esecuzione civile*, Torino, 2017, V ed..
- CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, in *Mod. L. Rev.*, n. 56, 1993.
- CAPRIO, *La Democrazia Sussidiaria*, Roma, 2012.
- CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XVIII ed., Milano, 2016.
- CATALDI, *Il problematico inserimento delle class actions nell'ordinamento italiano*, in *Quest. Giust.*, 2005.
- CATRICALÀ – PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013.
- CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.*, 2007.
- CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, ristampa Napoli, 1980.
- CHIOVENDA *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935, ristampa Napoli, 1960.
- CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930) I*, ristampa Milano, 1992.
- CONSO, *Premesse per una discussione in tema di norme sulla prova nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1969.
- CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, in *Corr. Giur.*, 2008.
- CONSOLO, *Fra nuovi riti civili e riscoperta della class action, alla ricerca di una "giusta" efficienza*, in *Corr. Giur.*, 2004.
- CONSOLO, *Class action fuori dagli USA?(Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993.
- CONSOLO, *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*, Milano, 2011.
- CONSOLO – ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140- bis cod. cons., lineamenti processuali*, Padova, 2012.
- COSTANTINO, *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, in *Foro it.*, 2007, V.
- D'ACUNTO, *L'azione di classe dell'art. 140- bis cod. cons.: quale innalzamento della tutela dei consumatori?*, in *Cont. Imp.*, 2011.
- DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali*, in *Resp. Civ. prev.*, 2010.
- DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013.
- DE NOVA, voce *Regresso*, in *Dig. Disc. Priv.* XVI, Torino, 1997.

- DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1969.
- DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di MAZZAMUTO, Napoli, 1989, I.
- DI SALVO, *La tutela dei diritti individuali-collettivi ai sensi degli artt. 37 e 140 del codice del consumo: tra inibitoria e obblighi ripristinatori*, in www.diritto.it.
- DONZELLI, in enciclopedia giuridica Treccani, voce *Azione di classe risarcitoria*.
- FALZONE CALVISI, *Il “taglia e incolla” non si addice al legislatore*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2006.
- FAVA, *Class action tra efficientismo processuale, aumento di competitività di risparmio di spesa: l'esame di un contenzioso seriale concreto (le S.U. sul rapporto tra indennità di amministrazione e tredicesima)*, in *Corr. Giur.*, 2006.
- FAVA, *L'importabilità della class action in Italia*, in *Cont. e Imp.*, 2004.
- FAVA, *Class action all'italiana: «Paese che vai usanza che trovi»*, in *Corr. giur.*, 2004.
- FAZZALARI, *Il giusto processo e i “processi speciali civili”*, in *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, Milano, 2004, Tomo I.
- FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano. Profili sostanziali*, Torino, 2012.
- FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. contr.*, 2011.
- FOCARELLI, *Diritto internazionale*, III ed., Vicenza, 2015.
- FORZA – MENEGON – RUMIATI, *Il giudice emotivo, la decisione fra ragione ed emozione*, Bologna, 2017.
- GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985.
- GALIA, *La forma scritta nei contratti d'investimento: la decisione delle sezioni unite*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, fascicolo 4, 1 dicembre 2018.
- GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004.
- GHIDINI - CERSANI, in *Enciclopedia del diritto*, voce *tutela del consumatore*, V, Milano, 2001.
- GIUGGIOLI, *Class action e azione di gruppo*, in *Quad. Riv. Dir. Civ.*, 2006.
- GIORDANO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. merito*, fasc.5, 2009.
- GIUSSANI, *Le azioni di classe dei consumatori delle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, fasc. 1, 1 marzo 2019.
- GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2008.
- GIUSSANI, *Azioni collettive e risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008.
- GIUSSANI, *Intorno alla tutelabilità con l'azione di classe dei soli diritti «omogenei»*, in *Giur. it.*, 2014.

- GOETHE, *Aforismi sulla natura*, n. 196.
- GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari – Roma, 2017.
- KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1933, Vienna, traduzione italiana di Mario G. Losano *La dottrina pura del diritto*, 1966.
- IRTI, *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1979, I.
- LA CHINA, *Giusto processo, laboriosa utopia*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005.
- LIBERTINI, *Le nuove declinazioni del principio di effettività, in Europa e diritto privato*, fascicolo 4, 2018.
- LUISO, *Diritto processuale civile*, volume I, *Principi generali*, XIII ed., Milano 2015.
- SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1964.
- MARINUCCI, *Azioni collettive e azioni inibitorie da parte delle associazioni dei consumatori*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005.
- MAZZAMUTO, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, I.
- MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2017.
- MENCHINI – MOTTO, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2010.
- MENCHINI, *Azioni seriali e tutela giurisprudenziale: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in www.judicium.it.
- MENGONI, Intervento in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di MAZZAMUTO, Napoli, 1989, I.
- MINERVINI, *Commento all'art. 140 bis*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Torino, 2009.
- ORIANI, *Il principio di effettività della tutela*, Napoli, 2008.
- PAGNI, *Tutela specifica e per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2005.
- PATTI, *L'esperienza della class action in due libri recenti*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1979.
- PERLINGERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile, Il giusto processo civile*, Milano, 2011.
- PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano, 2006.
- PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale, Analisi e diritto*, 1998.
- PLAUTO, *Asinaria*, II sec. A.C..
- PONCIBÒ, *La controriforma della class actions*, in *Danno e resp.*, 2005.
- PORCARI, *Le continue oscillazioni dell'azione di classe*, in *Resp. civ. e prev.*, 2013.

- PROTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti tra diritto sostanziale e processuale*, in *Diritti e giurisdizioni*, 1978.
- PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di condanna*, Milano, 1979.
- PROTO PISANI, *L'istruzione nei procedimenti sommari*, in *Foro it.*, 2002, V.
- PROTO PISANI, *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, in *Foro it.*, 2007, V.
- PULEO, *Quale giustizia per i diritti di libertà? Diritti fondamentali, effettività delle garanzie giurisdizionali e tecniche di tutela inibitoria*, Milano, 2005.
- PUNZI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *scritti in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011.
- PUNZI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010.
- RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale delle « class action » ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000.
- RESTA, *Azioni popolari, azioni nell'interesse collettivo, class actions: modelli e prospettive di riforma in una recente riflessione*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2007.
- ROMANO, *Europa e Diritto Privato*, fasc.1, 1 marzo 2018.
- ROMANO, *Diritto amministrativo*, fascicolo 02-03, 2015.
- ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011.
- ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. priv.* A cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001.
- ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004.
- ROSSI CARLEO, *Commento all'art. 4. Educazione del consumatore*, in *Commentario al codice del consumo a cura di Alpa e Rossi Carleo*.
- RUPERTO, *L'azione collettiva risarcitoria in Italia: osservazioni de iure condendo*, in *Giust. Civ.*, 2008.
- SANGIORGI, *Presentazione a Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, I.
- SASSANI, *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, testi di Davide Amedei, Fabio Cossignani, Angelo Danilo De Santis, Romolo Donzelli, Riccardo Fratini, Andrea Giussani, Giulia Mazzaferro, Chiara Petrillo, in *Judicium.it*, luglio 2019.
- TAORMINA, *Il processo come esecuzione forzata*, Napoli, 2003.
- TORRENTE – SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXI ed., Milano, 2013.
- TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, parte prima, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2007.

TROCKER, *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna teoria del processo)*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2005.

TROCKER, *Il processo civile e le controversie soggettivamente complesse. Class actions negli USA – e in Europa?*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, II, Napoli, 2009.

TOMASI DI LAMPEDUSA, *Il Gattopardo*, 1958.

VALGUARNERA, *Legal tradition as an obstacle: europe's difficult journey to class action*, in *Global Jurist*, 2010, articolo 10.

ZIMATORE, *Osservazioni sistematiche sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Milano, 2011.