

Antonio Carratta

L'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva (*).

Sommario: 1. - Oggetto dell'azione collettiva e legittimazione ad agire. 2. - I limiti dell'impostazione tradizionale con riferimento all'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva. 3. - L'individuazione dell'«interesse legittimante» a prescindere dalla titolarità della situazione tutelanda. 4. - Criteri per la determinazione dell'«interesse legittimante» nell'esercizio dell'azione collettiva: *class action* e *Verbandsklagen*. 5. - I limiti del modello *Verbandsklagen* e l'opportunità del suo superamento. 6. - Tentativi di superamento del modello *Verbandsklagen*: la soluzione tedesca del *Musterverfahren*. 7. - Tentativi di superamento del modello *Verbandsklagen* da parte del legislatore italiano: la legittimazione allargata dell'art. 140 *bis* cod. consumo. 8. - I nuovi problemi connessi alla legittimazione «allargata». 9. - Abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva delle associazioni «istituzionali» e teoria del c.d. doppio binario. 10. - L'«adeguata rappresentatività» come interesse legittimante: i criteri per determinarlo. 11. - Le modalità di determinazione del gruppo. 12. - L'*opt-in* mediante proposizione di domanda e l'intervento dei singoli consumatori o utenti. 13. - L'*opt-in* mediante adesione unilaterale. 14. - Le complicazioni nascenti dal «filtro» di ammissibilità dell'azione collettiva. 15. - Interesse legittimante ed efficacia della sentenza collettiva nei confronti dei co-legittimati. 16. - Considerazioni conclusive.

1. Il tema dei criteri o delle regole legittimanti o abilitanti all'esercizio dell'azione è una costante della riflessione intorno alla tutela collettiva ed è strettamente connesso alla circostanza che le situazioni sostanziali tutelabili con l'esercizio dell'azione collettiva non sono pienamente coincidenti con le tradizionali situazioni giuridiche individuali.

Pur nelle incertezze anche lessicali che spesso caratterizzano l'argomento ([1]), per azione collettiva può convenzionalmente intendersi quella specifica attività giurisdizionale diretta alla pronuncia di un provvedimento cognitivo di portata collettiva o superindividuale. Così intesa, essa viene tradizionalmente richiamata con riferimento a due fattispecie sostanzialmente diverse: a) la tutela di una situazione giuridica *superindividuale*, dove l'interesse da tutelare assume una dimensione non suscettibile di appropriazione e godimento individuali (come, ad es., l'ambiente o la concorrenza, ecc.); b) la tutela di una situazione giuridica *plurindividuale* a carattere omogeneo (un diritto soggettivo o una porzione dello stesso), che ricorre in termini identici in capo a più individui (come, ad es., l'utilizzo delle clausole vessatorie o il risarcimento di danni derivanti dal medesimo autore, ecc.) ([2]).

Questa distinzione, che coglie un profilo importante delle due categorie di situazioni tutelabili attraverso l'azione collettiva, non pare rilevante in sede di abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva, in quanto facendo riferimento all'oggetto dell'azione collettiva, si è ancora la distinzione ad un elemento meramente esteriore, che, certamente, non può in alcun modo incidere sulla possibile tutelabilità giurisdizionale. In altri termini, la situazione superindividuale presenta sempre «una doppia veste: soggettiva e oggettiva. Soggettivamente, è un interesse che pertiene all'individuo, in quanto questi rivesta una particolare qualificazione o sia considerato in una particolare dimensione, attinente al suo *status*: ad es. di consumatore, di risparmiatore, di fruitore dell'ambiente, di utente di servizi pubblici, ecc. Oggettivamente, si esprime e se ne può cogliere l'essenza, solo con riferimento ad un gruppo, ad una categoria» ([3]).

Piuttosto, la distinzione impostata sull'oggetto della tutela collettiva consente di svolgere alcune considerazioni preliminari al tema dell'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva.

In primo luogo, la distinzione consente di avvicinare la struttura dell'azione collettiva a quella di altre fattispecie, pure presenti nel nostro ordinamento, nelle quali si prevede espressamente la tutela giurisdizionale individuale di diritti soggettivi a struttura superindividuale ed a titolarità plurisoggettiva, come, ad es., nel caso della

tutela delle obbligazioni solidali e di quelle indivisibili, entrambe generalmente ricondotte alla più ampia categoria delle obbligazioni soggettivamente complesse ([4]); o nel caso diritto all'annullamento delle delibere dell'assemblea delle società per azioni (art. 2377 e 2378 c.c.) o ancora nel caso del diritto all'annullamento delle deliberazioni dell'assemblea condominiale (art. 1137 c.c.) o, infine, nel caso del diritto alla repressione della concorrenza sleale (art. 2601 c.c.) ([5]). Anche in queste ipotesi, infatti, il «bene della vita» da tutelare appartiene ad una pluralità di titolari (una sorta di diritto soggettivo «condiviso» o «collettivo»); e l'ordinamento, prendendo atto di ciò, individua specifici criteri di determinazione dell'abilitazione all'esercizio della relativa azione giurisdizionale.

In secondo luogo, la distinzione sopra avanzata impone di considerare che nell'azione collettiva siamo in ogni caso in presenza di situazioni giuridiche, per la cui tutela in giudizio si pone sempre e comunque un problema – di natura processuale - di non coincidenza fra legittimazione ad agire e titolarità della situazione giuridica. E questo, sia quando si tratti di situazioni propriamente *superindividuali* non appropriabili individualmente, non essendo ipotizzabile che la presenza di un gruppo organizzato determini in questo caso anche l'acquisizione da parte del gruppo organizzato della titolarità della situazione tutelata, che continua ad essere estesa a tutti i fruitori; sia quando si tratti di situazioni *plurindividuali* a carattere omogeneo ([6]).

E' evidente, dunque, che il potenziamento dell'azione collettiva, che va diffondendosi negli ultimi anni anche in Europa, non può non confrontarsi con l'individuazione di meccanismi innovativi di legittimazione o abilitazione all'esercizio della stessa.

Ne sono evidente dimostrazione sia le iniziative legislative che di recente sono state poste in essere in diversi Paesi dell'Unione europea ([7]), sia la sempre più pressanti sollecitazioni del legislatore comunitario ad imboccare la strada della tutela collettiva per perseguire proprio il rafforzamento della tutela dei consumatori. Significativo è, in proposito, il recente «Libro bianco» della Commissione europea sul risarcimento collettivo dei danni derivanti da violazione della normativa comunitaria antitrust del 2 aprile 2008 ([8]), dove la Commissione – proprio con riferimento alle forme di legittimazione all'esercizio dell'azione collettiva - suggerisce di combinare due

meccanismi complementari: le azioni rappresentative, intentate da soggetti qualificati, quali associazioni dei consumatori, organismi statali o associazioni commerciali, a nome di vittime identificate o, in casi piuttosto limitati, identificabili ([9]); e le azioni collettive con modalità *opt-in*, nelle quali le vittime decidono espressamente di aggregare in una sola azione le proprie richieste individuali di risarcimento del danno subito. E la stessa Commissione sottolinea la necessità «*che questi due tipi di azione si completino reciprocamente per garantire un sistema di azione collettivo efficace per le vittime di violazioni delle norme antitrust*» ed inoltre che «*è importante che le vittime non siano private del loro diritto di intentare un'azione per danni individuale se lo desiderano*».

2. E tuttavia, se spostiamo l'attenzione al nostro ordinamento, si ha l'impressione che proprio con riferimento al tema dell'abilitazione dell'esercizio dell'azione collettiva permanga – sia nella riflessione dottrinale, sia nella prassi giurisprudenziale - un atteggiamento ed un'impostazione di tipo tradizionalistico, tendente ad adattare ad essa modelli e schemi propri delle categorie fondamentali della dogmatica giuridica ([10]).

Si comprende bene, dunque, la ragione per la quale fin dall'inizio della riflessione sul tema della legittimazione all'esercizio dell'azione collettiva il nostro ordinamento si sia orientato verso il riconoscimento legislativo di detta legittimazione a gruppi o enti in possesso di determinati requisiti organizzativi qualificanti. Basti pensare, in proposito, alle conclusioni - sostanzialmente coincidenti - alle quali pervennero, sul finire degli anni '70, sia le Sezioni Unite della Cassazione, nella famosa sentenza sulla legittimazione di "Italia Nostra" ([11]), sia l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, circa la necessità che, per ottenere tutela giurisdizionale di situazioni superindividuale, queste avrebbero dovuto essere riferibili ad una collettività ben individuata ed essere espresse da enti collettivi ben organizzati e diffusi sul territorio ([12]).

Conclusioni, queste, che poi hanno inevitabilmente condizionato non solo la successiva giurisprudenza civile e amministrativa in materia di abilitazione

all'esercizio dell'azione collettiva, ma anche le scelte che il legislatore ha via via operato nell'introdurre forme tipiche di azioni collettive. A partire dall'art. 28 st. lavoratori, laddove si prevede che gli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali – configurate giuridicamente come associazioni private esenti da specifici controlli governativi – possano agire per la repressione delle c.d. condotte antisindacali del datore di lavoro; passando per la tutela dell'ambiente (art. 13 l. n. 349 del 1986) fino alle più recenti figure di azione collettiva a tutela dei consumatori e utenti (art. 1469 *sexies* c.c.; art. 3 l. n. 281 del 1998; art. 140 cod. consumo), dove si continua a riconoscere la legittimazione solo ad associazioni o enti collettivi «istituzionali» ([13]).

3. Le scelte operate in materia di abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva ed il suo riconoscimento solo in capo ad enti collettivi aventi determinati requisiti organizzativi risentono inevitabilmente della tradizionale riflessione in tema di legittimazione ad agire in giudizio.

Ed infatti, si ritiene generalmente che, come nel campo dell'autonomia privata la legittimazione del soggetto agente sta ad indicare, sotto il profilo formale, la «sua competenza ad ottenere o a risentire gli effetti giuridici del regolamento ... avuto di mira» ([14]), anche in campo processuale il *trait d'union* fra l'esercizio dell'azione e la pronuncia giudiziale sul merito è dato dalla riscontrabilità in capo al soggetto agente della legittimazione «ad ottenere o a risentire» gli effetti giuridici dell'azione proposta.

Normalmente, i due profili risultano coincidenti, e dunque la titolarità del potere di azione va di pari passo con la titolarità della situazione giuridica dedotta (art. 81 c.p.c.). Ed anzi l'art. 24, 1° co., Cost. impone di riconoscere il potere di azione a chiunque affermi la violazione di un *proprio* diritto e ne chieda tutela in sede giurisdizionale.

Proprio perché normalmente la legittimazione ad agire spetta a colui che si afferma titolare della situazione giuridica dedotta, la distinzione fra legittimazione ed

esistenza della stessa situazione dedotta assume scarsa rilevanza. Perché assuma rilevanza la distinzione occorrerebbe ipotizzare che colui che agisce affermi esplicitamente di far valere una situazione giuridica di cui non è titolare ([15]).

In realtà, il problema della distinzione fra il profilo della legittimazione e quello dell'effettiva esistenza della situazione dedotta emerge solo nelle ipotesi in cui la legittimazione venga riconosciuta a prescindere dalla titolarità della situazione dedotta.

Ed infatti, non si può affatto escludere che, per particolari esigenze preventivamente valutate dal legislatore (nei «casi espressamente previsti dalla legge», recita l'art. 81 c.p.c.), si rinvenga una separazione fra i due profili, e cioè che il soggetto titolare del potere di azione non sia anche il titolare della situazione sostanziale dedotta, con riferimento alla quale si produrranno gli effetti della decisione nel merito ([16]).

Diverse sono le *rationes* alla base della scelta del legislatore di riconoscere una legittimazione ad agire *pura o meramente processuale o straordinaria*. Ma il dato comune a tutte queste ipotesi è il fatto che sia sempre il legislatore a predeterminare ed evidenziare un *interesse legittimante* in capo al soggetto agente non titolare della situazione dedotta in giudizio, a volte in maniera puntuale, altre volte in maniera più vaga, rimettendosi, di conseguenza, alla valutazione che in concreto farà il giudice.

E' quel che accade anche con riferimento alla risoluzione del problema della legittimazione o abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva. Anche in questo caso, infatti, la presenza in capo a determinati soggetti di un interesse di rilevanza generale porta il legislatore a riconoscere a questi la legittimazione ad agire per la tutela di situazioni giuridiche a rilevanza collettiva, la cui titolarità non è comunque coincidente con il potere di azione ([17]).

Ma, fin dove è opportuno che il legislatore si spinga nel riconoscimento di questo *interesse legittimante* all'esercizio dell'azione collettiva? E' questo l'interrogativo che – inevitabilmente – emerge tutte le volte in cui si abbia a che fare con forme nuove di tutela giurisdizionale collettiva.

4. Ebbene, con specifico riferimento ai criteri per determinare la legittimazione o abilitazione ad esercitare l'azione collettiva sono note le alternative ipotizzabili: o limitarla alle sole associazioni che abbiano determinate caratteristiche, individuate dallo stesso legislatore, e dunque con esclusione della legittimazione per altre associazioni e per il singolo, oppure riconoscere questa possibilità a qualunque interessato, con conseguente riconoscimento al giudice del potere di valutare, caso per caso, se chi eserciti l'azione collettiva abbia «adeguata rappresentatività» del «gruppo» o della «classe» alla quale l'azione si riferisce ([18]).

Quest'ultimo modello risponde, evidentemente, al tipico meccanismo della *class action* statunitense: un'azione esercitabile anche da un singolo individuo che deduce in giudizio i diritti degli appartenenti alla classe e sottoposta ad un vaglio preventivo di ammissibilità (la c.d. *certification*) del giudice. Il medesimo meccanismo di legittimazione generalizzata si rinviene anche negli altri Paesi - dell'area europea e non - che hanno improntato la tutela collettiva al modello della *class action* statunitense, come, ad es., il Canada, l'Australia, Israele, la Svezia, la Norvegia e, da ultimo, la Danimarca ([19]).

Il primo modello, invece, è senza dubbio preferito a livello europeo: azioni esercitabili esclusivamente da associazioni nate e affermatesi come «centri di imputazione» di interessi che fanno capo ad un insieme di utenti e consumatori ([20]).

E', questa, la soluzione tipica del modello tedesco della *Verbandsklage*, che ha trovato la sua attuazione nella legge tedesca sulle condizioni generali del contratto del 1977 ed è stata ripresa sia dal legislatore francese del 1973 e dalla successiva l. n. 14 del 1988 in materia di illiceità delle clausole vessatorie, sia dalla stessa legge tedesca per la tutela dei consumatori del 2000 e da quella sulla tutela ambientale del 2006 ([21]).

La medesima soluzione ha trovato l'adesione - come detto - del nostro legislatore. La si ritrova, infatti, per l'azione collettiva sindacale di repressione della condotta antisindacale (art. 28 st. lav.), per l'azione collettiva inibitoria in materia di tutela ambientale (art. 13 della l. n. 349 del 1986, art. 4 l. n. 549 del 1993 e art. 309 d. legisl. n. 152 del 2006), per l'azione collettiva inibitoria in materia di tutela dei consumatori

(art. 1469 *sexies* c.c., art. 3 della l. n. 281 del 1998 e artt. 139 e 140 cod. consumo), per l'azione collettiva in materia di repressione delle condotte discriminatorie (art. 6 d.leg. n. 215 del 2003, art. 4, co. 1°, l. n. 67 del 2006, art. 309 d.leg. n. 152 del 2006 e nell'art. 37 d.leg. n. 198 del 2006).

Tuttavia, è una scelta che, sebbene necessaria in una prima fase di attenzione per la tutela giurisdizionale dei c.d. interessi collettivi e diffusi, nel corso del tempo ha manifestato non pochi aspetti di insoddisfazione ed è probabilmente destinata ad essere superata attraverso il ricorso a soluzioni combinatorie che allarghino l'ambito dei titolari dell'*interesse legittimante*.

In effetti, è significativo in proposito il fatto che nel Libro bianco della Commissione europea del 2 aprile 2008 si solleciti l'introduzione negli Stati membri di azioni collettive rappresentative, intentate da soggetti qualificati, quali associazioni dei consumatori, organismi statali o associazioni commerciali, a nome di vittime identificate o comunque identificabili e azioni collettive con modalità *opt-in*, tipiche del modello di *class action*.

5. Certamente, appare ragionevole che, quando si abbia a che fare con azioni collettive dirette a tutelare situazioni giuridiche a carattere superindividuale non individualmente soggettivabili, proprio al fine di rendere percorribile la strada della loro tutela giurisdizionale, il legislatore predetermini i soggetti collettivi titolari della legittimazione ad agire in giudizio. In questo caso, la particolare connotazione della situazione giuridica da tutelare impone che – al fine di renderne possibile la tutela giurisdizionale – sia lo stesso legislatore a predeterminare i soggetti in capo ai quali, ricorrendo determinati presupposti, sia possibile individuare l'*interesse legittimante*.

Ma che questo implichi automaticamente l'esclusione della possibilità che la medesima legittimazione vada riconosciuta anche ad altri soggetti (individuali o collettivi) dal giudice che ne valuti sussistente l'«adeguatezza» della rappresentatività della particolare situazione soggettiva (superindividuale o individuale omogenea) è un salto logico difficilmente giustificabile. Se la scelta iniziale di consentire al

legislatore il riconoscimento dell'*interesse legittimante* ai fini dell'esercizio dell'azione collettiva poteva apparire come la soluzione obbligata per superare i problemi di accesso alla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche superindividuali non soggettivabili individualmente, oggi questa scelta potrebbe costituire un ostacolo all'effettività di detta tutela ove venga intesa come escludente sempre e comunque il potere del giudice di valutare sussistente l'*interesse legittimante* anche in capo ad altri soggetti (individuali o collettivi) diversi da quelli predeterminati dal legislatore.

A maggior ragione queste considerazioni assumono rilevanza quando si abbia a che fare con azioni collettive per la tutela di diritti soggettivi omogenei.

In questo caso la predisposizione di un'azione collettiva si giustifica non nella possibilità di trattazione congiunta delle diverse azioni individuali omogenee, già possibile in fondo attraverso il ricorso ad un istituto processuale come il litisconsorzio facoltativo (ex artt. 103 e 274 c.p.c.), ma nel riconoscimento di una legittimazione più ampia nella loro proposizione congiunta. E questo – giova sottolinearlo – al fine di rendere più agevole l'esercizio di dette azioni individuali, soprattutto quando si tratti, ad es., di azioni collettive risarcitorie o restitutorie e l'ammontare del risarcimento o della restituzione spettante al singolo è tale da rendere non vantaggioso per lui l'iniziativa giudiziaria.

Ma se così è, e dunque se il ricorso all'azione collettiva per l'esercizio di diritti soggettivi omogenei risponde all'esigenza – costituzionalmente rilevante – di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale del diritto individuale quando la sua praticabilità risulti economicamente svantaggiosa per il titolare, la scelta del legislatore di limitare detta legittimazione solo ad alcune associazioni dei consumatori e degli utenti che presentino determinate caratteristiche finisce per incidere, indirettamente, proprio sull'effettività della tutela di queste situazioni giuridiche.

Né, d'altro canto, va sottovalutata la circostanza che, proprio perché le associazioni non hanno propri diritti soggettivi direttamente coinvolti nell'azione collettiva, siano indotte ad utilizzare la legittimazione esclusiva in modo distorto, e dunque non per conseguire l'effettiva tutela dei diritti soggettivi individuali, ma per rafforzare la

propria forza contrattuale e politica. In teoria, un simile problema potrebbe profilarsi anche con riferimento al sistema di *class action*, dove può accadere che il soggetto responsabile della difesa degli interessi della classe utilizzi questo compito per anteporre i propri interessi personali a quelli dei soggetti che egli rappresenta. Ma è evidente che nel contesto del sistema di *class action*, dove la legittimazione del soggetto agente nasce dalla *certification* del giudice e non da un'investitura *ex ante*, in pratica è difficile che ciò accada sia perché è rimessa al giudice non solo l'individuazione del *lead plaintiff*, ma anche la determinazione del suo compenso e la valutazione di corrispondenza all'interesse della classe di eventuali proposte transattive.

Neppure si può giustificare il ricorso alla limitazione del diritto di accesso all'azione collettiva semplicemente con il riferimento all'esigenza di economia dei giudizi. In proposito, infatti, non va trascurato sia il fatto che – come ripetutamente evidenziato dai giudici costituzionali - l'economia dei giudizi non è un valore costituzionalmente garantito che possa «farsi valere a scapito dei diritti fondamentali» ([22]), tra i quali va senz'altro annoverato quello d'azione di cui all'art. 24, 1° comma, Cost., sia la considerazione che quanto più diffusa è l'abilitazione nell'esercizio dell'azione collettiva tanto più efficace si presenta la funzione complementare di *enforcement* privato che questa assolve, in aggiunta all'attività pubblica di controllo sulla correttezza degli operatori del mercato ([23]).

6. Un primo tentativo di superare i limiti insiti nel sistema di legittimazione proprio delle *Verbandsklage* mi pare emerga dalla recente legge tedesca per la tutela dei risparmiatori per responsabilità da false informazioni sui mercati finanziari (*Gesetz zur Einführung von Kapitalleger-Musterverfahren*) del 19 agosto 2005, vale a dire quella del *Musterverfahren* o del «processo modello» ([24]), finalizzato alla definizione di una questione di fatto e/o di diritto comune meritevole di trattazione collettiva, che sorge incidentalmente all'interno delle cause individuali risarcitorie o restitutorie ([25]).

La soluzione per alcuni aspetti (ed in particolare, per quelli della legittimazione ad attivare il *Musterverfahren*) sembra ispirata al modello inglese della *group litigation* ([\[26\]](#)), ma da questo se ne allontana per tutta una serie di elementi (*in primis*, i poteri discrezionali del giudice nel *case management* del processo collettivo).

Nella soluzione tedesca, infatti, l'iniziativa per l'instaurazione un «processo modello» spetta ad una delle parti del processo «individuale» pendente; per effetto dell'istanza il processo «individuale» pendente viene sospeso in attesa che – entro quattro mesi – vi siano altre adesioni, fino ad un numero minimo di nove. Se si raggiunge questo risultato minimo la causa viene rimessa alla Corte d'appello, la quale provvederà a nominare d'ufficio un «attore modello» (*Musterkläger*) e un «convenuto modello» (*Musterbeklager*), individuandoli sulla base del criterio della «migliore convenienza» (*nach billigem Ermessen*). Dal momento della pendenza del «processo modello» dinanzi alla Corte di appello, infatti, i giudici *a quibus* sospendono i processi pendenti dinanzi a loro e il provvedimento di sospensione vale contemporaneamente come chiamata in causa delle parti per ordine del giudice (*Beiladung*) nel «processo modello».

L'individuazione dell'attore e del convenuto «modello» non preclude alle altre parti chiamate in causa di esercitare il proprio diritto di difesa, facendo valere mezzi di attacco e di difesa, e, conseguentemente, giustifica l'efficacia vincolante estesa anche ai chiamati della «decisione modello» (*Musterentscheid*). In effetti, una volta pronunciata la «decisione modello», i singoli processi «individuali» nel frattempo sospesi riprendono il loro corso al fine di determinare le singole pretese risarcitorie, ma sulla base dell'accertamento vincolante contenuto nella decisione della Corte d'appello, il quale può essere contestato solo dimostrando che la parte principale del «processo modello» ha mal gestito la controversia, o perché, a causa di dichiarazioni e atti della parte principale, i chiamati siano stati impediti di far valere mezzi di attacco e di difesa, o perché la parte principale non ha fatto valere, volontariamente o per colpa grave, mezzi di attacco e di difesa che a loro erano ignoti.

L'obiettivo di questo intervento legislativo è evidente: risolvere in modo identico e vincolante, sia sotto il profilo fattuale che giuridico, una questione controversa sorta

in processi di identico contenuto, attraverso una decisione che valga per il maggior numero di essi. Ma parimenti evidenti sono le differenze rispetto al tradizionale modello di *Verbandklage*: in primo luogo, per il profilo dell'abilitazione ad instaurare il «processo collettivo modello», essa segue l'ordinario criterio del «processo individuale», mentre non assume alcun ruolo l'iniziativa di associazioni o enti rappresentativi degli interessi da tutelare; in secondo luogo, viene riconosciuto un potere giudiziale di valutazione dell'ammissibilità dell'istanza di «processo collettivo modello», diretto a vagliare la sussistenza del presupposto fondamentale per l'utilizzazione di un tale meccanismo processuale, e cioè l'emergere di questioni giuridiche o di fatto comuni anche ad altri giudizi «individuali»; in terzo luogo, viene attribuito al giudice il potere di individuare – in base al criterio della «migliore convenienza» - l'attore ed il convenuto del «processo modello»; infine, l'oggetto del giudizio e del relativo giudicato viene correlato non all'accertamento dell'esistenza o meno di una situazione sostanziale (a rilevanza collettiva), ma alla sola risoluzione di una o più questioni giuridiche o fattuali comuni a più processi.

7. Un tentativo di superare il modello di legittimazione tipico del sistema di *Verbandsklage* sembra emergere anche dal nostro art. 140 *bis* cod. consumo ([\[27\]](#)), laddove estende la legittimazione ad agire in via collettiva anche ad associazioni o comitati dotati di «adeguata rappresentatività» rispetto agli «interessi collettivi fatti valere». Da una parte, dunque, ai fini della legittimazione ad agire per la nuova azione collettiva risarcitoria continueranno a valere le stesse regole stabilite dall'art. 139 cod. consumo: la legittimazione per l'esercizio dell'azione collettiva risarcitoria viene riconosciuta a quelle stesse associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'art. 137 del medesimo cod. consumo. Viene riproposta, dunque, la soluzione tipica del modello tedesco della *Verbandsklage*, già nel passato – come detto - utilizzata dal nostro stesso legislatore per altri tipi di azioni collettive.

Ma il nuovo art. 140 *bis* va oltre questo meccanismo di legittimazione ed ammette la possibilità che l'azione collettiva sia esercitata anche da associazioni e comitati «adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere». In questo caso,

dunque, viene rimessa direttamente al giudice la possibilità di valutare caso per caso l'«adeguatezza» della rappresentatività dell'associazione o del comitato che esercita l'azione.

Va anche aggiunto, però, che se attraverso l'azione collettiva risarcitoria si tutelano i diritti al risarcimento e alla restituzione dei singoli, non v'è dubbio che la soluzione di riconoscere la legittimazione anche in capo ai singoli danneggiati, unitamente, se del caso, con l'associazione, sarebbe stata la soluzione più opportuna.

In altri termini, una volta che il legislatore si sia orientato a superare il sistema di *Verbandsklage* e ad avvicinarsi di più al sistema di *class action*, ammettendo che la legittimazione ad agire non sia riservata alle sole associazioni predeterminate dallo stesso legislatore, ma anche ad enti dotati di «adeguata rappresentatività» secondo la valutazione compiuta dal giudice, non si vede cosa avrebbe impedito di rimettere allo stesso giudice la valutazione di «adeguata rappresentatività» anche con riferimento all'azione collettiva esercitata dal singolo consumatore o utente. O cosa avrebbe impedito – ed è un'alternativa che condurrebbe ai medesimi risultati pratici – di consentire anche nel nostro ordinamento ciò che è ammesso in quello inglese e tedesco, ovvero nelle materie nelle quali sia emersa l'esigenza di tutela collettiva la «trasformabilità» del giudizio individuale in «processo modello», quando una delle parti lo chieda ed il giudice valuti la sussistenza di questioni di fatto e/o di diritto comuni anche ad altri giudizi già pendenti.

Certamente, occorre essere consapevoli delle concrete difficoltà (economiche, ma non solo) che incontra il singolo ad agire in giudizio per la tutela di situazioni superindividuali, tutte le volte che non sia direttamente coinvolto (oltre che come appartenente alla categoria alla quale si riferisce l'interesse tutelando, anche) come titolare di individuali diritti soggettivi da tutelare (ad es., all'eliminazione di una specifica clausola contrattuale o al risarcimento dei danni conseguenti ad una condotta plurioffensiva, ecc.). Ma, pur nella consapevolezza di simili difficoltà, il cui superamento evidentemente giustifica l'attribuzione della legittimazione ad agire ad enti e associazioni «istituzionali», si deve anche ammettere che, nell'inerzia di questi ultimi o comunque in concomitanza con l'azione esperita da essi, non si rinvergono

plausibili ragioni per negare il diritto ad agire in giudizio (costituzionalmente garantito) all'appartenente al gruppo al quale pertiene la tutelanda situazione superindividuale ([28]).

8. - E' evidente, d'altro canto, che la scelta di superare il modello tradizionale della legittimazione ad agire legato alla sua pre-attribuzione legale in via esclusiva alle sole associazioni «istituzionali», estendendola anche ad altri enti collettivi dotati di «adeguata rappresentatività» degli interessi collettivi da tutelare, rende indispensabile affrontare gli ulteriori problemi connessi alla valutazione giudiziale di sussistenza o meno in capo all'attore dell'*interesse legittimante*.

Volendo schematizzare, possiamo ricondurre questi problemi a cinque diversi profili:

a) quello dei limiti di valutazione del giudice con riferimento alla sussistenza dell'*interesse legittimante* in capo alle associazioni «istituzionali»;

b) quello dell'individuazione dei requisiti di «adeguata rappresentatività» del soggetto agente diverso dalle associazioni «istituzionali»;

c) quello del c.d. filtro di ammissibilità e del suo rapporto con la valutazione di sussistenza della legittimazione ad agire in capo all'ente che esercita l'azione;

d) quello della determinazione del gruppo al quale l'azione collettiva fa riferimento e del suo rapporto con la valutazione del giudice di «adeguata rappresentatività» dell'attore;

e) infine, quello degli effetti della sentenza collettiva per gli altri soggetti collegittimati (istituzionali e non).

11. In primo luogo, occorre chiedersi se ed entro quali limiti assuma rilevanza la valutazione giudiziale di «adeguata rappresentatività» degli interesse tutelati anche con riferimento alle associazioni «istituzionali».

In effetti, già con riferimento all'azione collettiva inibitoria, di cui all'art. 139 cod. consumo, si è rilevato che, mentre nel caso dell'azione collettiva esercitata dalle associazioni inserite nell'elenco ministeriale il giudice sarebbe vincolato a riconoscere l'esistenza della legittimazione ad agire, negli altri casi egli sarebbe pienamente libero di valutare se sussistano o meno i requisiti di adeguata rappresentatività ([29]). Alla medesima conclusione, del resto, è pervenuta anche la giurisprudenza amministrativa quando è stata chiamata a sciogliere l'identico dubbio con riferimento alla tutela ambientale, ribadendo la teoria del c.d. doppio binario, in forza del quale l'accertamento dell'idonea «rappresentatività» dell'associazione che agisca a tutela dell'ambiente e non sia iscritta nell'elenco ministeriale vada condotto caso per caso, in sede giudiziale, non potendo la valutazione ministeriale sostituirsi al potere del giudice di verificare in concreto la sussistenza della legittimazione in capo all'organismo collettivo agente ([30]).

Se ne dovrebbe dedurre che, mentre nel caso delle associazioni inserite nell'elenco ministeriale vi sarebbe un vincolo per il giudice a riconoscere la legittimazione, negli altri casi, invece, l'esercizio dell'azione collettiva passerebbe attraverso la preventiva valutazione giudiziale della sussistenza dei requisiti dell'«adeguata rappresentatività» in capo a chi agisce ([31]).

Ma proprio con riferimento ad una simile conclusione è da chiedersi se possa ammettersi – sul piano dei principi costituzionali ed anche dell'opportunità - che, per il profilo della legittimazione ad esercitare l'azione collettiva il giudice sia vincolato a riconoscerne l'esistenza in capo alle associazioni inserite nell'elenco ministeriale e non possa, invece, sia sindacare (eventualmente disapplicandolo) lo stesso provvedimento amministrativo di inserimento nell'elenco ministeriale, sia valutare anche con riferimento alle associazioni «istituzionali» la sussistenza del requisito dell'«adeguata rappresentatività» rispetto agli interessi collettivi dedotti in giudizio.

Tenendo presente che, mentre nel caso delle associazioni «istituzionali» la sussistenza in generale dei requisiti per la legittimazione ad agire con l'azione collettiva deve considerarsi coperta da presunzione relativa ed all'associazione agente incombe soltanto l'onere di dimostrare il collegamento fra questi requisiti e

l'interesse collettivo dedotto in giudizio, in caso di ente «non istituzionale» la sussistenza del requisito dell'«adeguata rappresentatività» va comunque comprovata da parte di chi esercita l'azione.

12. Un secondo problema attiene all'individuazione dei requisiti per la corretta legittimazione all'esercizio dell'azione collettiva con riferimento alle associazioni o comitati dotati di «adeguata rappresentatività». E' da chiedersi, cioè, a quali criteri debba ispirarsi il giudice nella valutazione dell'«adeguata rappresentatività» dell'ente collettivo agente.

Ora, il silenzio dell'art. 140 *bis* sul punto induce ad escludere qualsiasi tentativo di «legare le mani» al giudice richiamando i criteri oggettivi che vengono utilizzati ai fini dell'inserimento delle associazioni «istituzionali» nell'elenco ministeriale di cui all'art. 137 cod. consumo (scopo statutario, consistenza numerica e diffusione degli associati, ecc.). Semmai, la volontà del legislatore sembra essere tutt'altra: quella di consentire il riconoscimento della legittimazione all'esercizio dell'azione collettiva anche a comitati ed associazioni formatesi temporaneamente per la tutela di specifiche e limitate situazioni di rilevanza superindividuale. Non è un caso, infatti, se lo stesso art. 140 *bis*, riconoscendo la sussistenza dell'interesse legittimante anche ad enti collettivi diversi dalle associazioni «istituzionali», ponga in relazione la «adeguata rappresentatività» di tali enti con gli «interessi collettivi fatti valere». In altri termini, a differenza delle associazioni «istituzionali», nel caso degli altri comitati ed associazioni la configurazione dell'*interesse legittimante* è strettamente legata alla specifica situazione giuridica superindividuale tutelanda. Si tratta, cioè, di «formazioni sociali» sorte in maniera estemporanea – anche su iniziativa di qualche studio professionale - in forma di associazioni o comitati per tutelare collettivamente l'interesse fatto valere, e dunque successivamente al sorgere di tale interesse ([32]).

Ed in una simile soluzione può intravedersi anche il tentativo di eludere il rischio di un possibile conflitto fra gli interessi delle associazioni dei consumatori «istituzionali» e quelli dei singoli appartenenti al gruppo o alla classe.

Ma se così è, la vicinanza con l'«adeguata rappresentatività» dell'attore nel sistema nordamericano di *class action* emerge con nitidezza. In effetti non può essere trascurata l'evocazione, anche lessicale, della *subdivision (a)* della *Rule 23*, laddove sottopone l'ammissibilità dell'azione esercitata in rappresentanza dei membri della classe alla preventiva *certification* del giudice circa l'idoneità dei rappresentanti a tutelare correttamente ed adeguatamente («*fairly and adequately*») gli interessi della classe ([33]).

13. Va, inoltre, aggiunto che la valutazione della sussistenza dell'interesse legittimante nei termini dell'«adeguata rappresentatività» del soggetto agente presuppone inevitabilmente la determinazione del gruppo o classe dei soggetti interessati dall'esercizio dell'azione collettiva. E questo, tanto più quando si abbia a che fare con l'esercizio di azioni collettive di natura risarcitoria. Non a caso, infatti, la riforma della *class action* statunitense introdotta con il *Private Securities Litigation Reform Act* del 1995, proprio con l'intento di fissare uno stretto legame fra il «rappresentante» della classe e gli altri appartenenti alla classe, ha stabilito che il *lead plaintiff* sia membro della classe e che, al fine di stabilire se sia in grado di tutelare nel modo più adeguato gli interessi della classe, vi sia una presunzione relativa, che il soggetto più adeguato a divenire *lead plaintiff*, tra quelli che ne fanno richiesta, sia il componente della classe che risulta titolare del più rilevante interesse finanziario nella causa.

Anche a questo proposito vanno registrate interessanti innovazioni nel panorama sia europeo che italiano. Dal punto di vista del diritto comunitario, ad es., è significativo il riferimento che il già citato libro bianco della Commissione dell'aprile 2008 all'opportunità che si introducano – accanto alle tradizionali azioni collettive rappresentative – meccanismi di *opt-in*, tesi appunto alla determinazione del gruppo beneficiario dell'azione collettiva risarcitoria. Parimenti significative appaiono le scelte operate per i nuovi modelli di azione collettiva risarcitoria adottati di recente nei Paesi nordeuropei, ed in particolare in Danimarca e in Svezia, dove ritroviamo

utilizzato – sempre per la determinazione del gruppo dei beneficiari - sia il sistema di *opt-out* (nel primo caso), sia quello di *opt-in* (nel secondo) ([34]).

Non lontana dal meccanismo dell'*opt-in* appare, poi, la soluzione tedesca del *Musterprozess* adottata nella *KapMuG* del 2005. Come abbiamo visto, il ricorso al *Musterverfahren* è ammesso dal giudice soltanto se, entro quattro mesi dalla prima richiesta, vi siano almeno altre nove richieste di decisione delle medesime questioni, vi siano, cioè, almeno altri nove titolari di situazioni sostanziali omogenee che aderiscano alla richiesta di risoluzione giudiziale delle questioni poste dal primo istante ([35]). In questo modo viene definito il gruppo rispetto al quale si manifesteranno gli effetti della «decisione modello».

Discorso sostanzialmente non dissimile vale anche per il nostro art. 140 *bis* cod. consumo e l'utilizzazione degli istituti dell'intervento e dell'adesione come meccanismi di *opt-in* per la determinazione del gruppo di consumatori o utenti nei confronti dei quali si produrranno gli effetti del giudicato collettivo ([36]). Ed infatti, una volta esercitata l'azione collettiva i consumatori o utenti appartenenti alla classe o al gruppo cui si riferisce l'azione possono: *a*) o comunicare (anche in appello, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni) al proponente la propria adesione all'azione collettiva ([37]), se intendono «avvalersi della tutela prevista» dall'art. 140 *bis*, nel senso di subire gli effetti della sentenza che definisca il processo «collettivo»; *b*) oppure intervenire (entro i normali termini preclusivi) «per proporre domande aventi il medesimo oggetto». A tal fine il giudice che ammette l'azione determina anche le modalità attraverso le quali deve essere data idonea pubblicità dei contenuti dell'azione proposta.

14. Il richiamo dell'intervento dei singoli consumatori o utenti non fa altro che estendere al giudizio collettivo un tradizionale istituto del processo di cognizione. Peraltro, trattandosi di un istituto appositamente disciplinato dall'art. 105 c.p.c., la specificazione dell'art. 140 *bis*, 2° co., che l'intervento può essere utilizzato dai singoli consumatori o utenti «per proporre domande aventi il medesimo oggetto» va interpretata nell'unico modo che consenta il coordinamento con la disciplina

codicistica. E cioè, nel senso che il singolo intervenitore possa esercitare l'azione individuale di risarcimento, connessa oggettivamente con l'azione collettiva ([38]). Non sembra condivisibile, invece, la soluzione secondo cui i singoli consumatori o utenti potrebbero attraverso l'intervento proporre la medesima azione collettiva già esercitata ([39]).

E non lo sembra, in primo luogo, perché il riferimento letterale al «medesimo oggetto» della domanda avanzata dall'interveniente andrebbe coordinato con il tenore letterale del 1° co. dell'art. 140 *bis* laddove lo stesso legislatore individua l'oggetto dell'azione collettiva nell'«accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione spettanti ai singoli consumatori o utenti». Se effettivamente fosse questo l'oggetto dell'azione collettiva (e nelle intenzioni del legislatore questo avrebbe dovuto essere), anche la domanda di risarcimento o di restituzione dell'interveniente rientrerebbe nel «medesimo oggetto» della prima. Ma una volta che l'oggetto dell'azione collettiva venga – nelle opinioni prevalenti ([40]) – opportunamente limitato all'accertamento (non del diritto dei singoli consumatori o utenti, ma) della responsabilità del convenuto, è evidente che anche il riferimento letterale all'oggetto della domanda dell'interveniente finisce per assumere una connotazione ben diversa e l'identità con l'oggetto dell'azione collettiva finisce per ridursi alla sola *causa petendi*.

In secondo luogo, se l'interveniente potesse esercitare soltanto la medesima azione già esercitata dall'associazione o dal comitato non si riuscirebbe a comprendere per quale ragione la legittimazione dei singoli, negata in sede di introduzione del processo «collettivo», verrebbe riconosciuta in sede di esperimento dell'intervento. Soprattutto non si comprenderebbe per quale ragione, mentre per esercitare la domanda iniziale il legislatore opportunamente richiama il presupposto dell'«adeguata rappresentatività» degli interessi fatti valere quando l'attore sia un ente diverso da quelli «istituzionali», in caso di esercizio della medesima azione con l'intervento ne prescinda, sebbene all'interveniente – una volta che si identifichi la sua domanda con l'azione collettiva – debba riconoscersi i medesimi poteri dell'attore collettivo.

In terzo luogo, se la volontà del legislatore fosse stata effettivamente quella di consentire all'interveniente il solo esercizio della medesima azione già esercitata dall'associazione o dal comitato, non si riuscirebbe a comprendere per quale ragione il 5° comma dello stesso art. 140 *bis*, all'esito della sentenza collettiva, fa salva soltanto l'azione individuale dei singoli che non siano intervenuti o non abbiano aderito: tanto l'aderente quanto l'interveniente intendono «avvalersi» della tutela collettiva per ottenere il soddisfacimento del proprio diritto individuale al risarcimento o alla restituzione. Ma, mentre l'aderente non potrà esercitare l'azione individuale in quanto la sentenza collettiva «fa stato» anche nei suoi confronti, ovvero nei confronti del proprio diritto individuale, l'interveniente, invece, non potrà esercitare l'azione individuale in quanto ha già esercitato la medesima azione attraverso l'intervento.

Se così è, non si può affatto escludere che la sentenza «collettiva», oltre ad accertare la sussistenza del diritto al risarcimento dei danni o alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti, possa anche contenere la liquidazione del *quantum* di risarcimento o restituzione degli intervenuti, con conseguente condanna del convenuto ed immediata formazione di un idoneo titolo esecutivo.

15. Del tutto innovativa per il nostro ordinamento è, invece, la scelta di formazione del gruppo mediante l'adesione. Si è parlato, in proposito, di un «negozio *sui generis* fondato su una volontà di inclusione nel "gruppo" (o "classe attiva") ai fini della definitiva fissazione della sua domanda», un negozio che si porrebbe a metà fra il mandato ed il contratto d'opera ed avrebbe ad oggetto l'accettazione dell'offerta al pubblico contenuta nella pubblicità dei contenuti dell'azione esercitata ([\[41\]](#)). Altri ancora ha individuato nell'adesione un mandato con rappresentanza a favore dell'ente attore.

In realtà, la configurazione di un negozio nell'atto di adesione presupporrebbe il raggiungimento di un accordo fra aderente e ente attore che, in realtà, l'art. 140 *bis* non sembra richiamare affatto, limitandosi a prevedere che l'aderente debba semplicemente comunicare all'ente attore (ed al convenuto) il suo atto di adesione.

Peraltro, la riconduzione alla figura negoziale del mandato con rappresentanza dovrebbe anche consentire al mandante di determinare l'ambito dei poteri del mandatario e la specificazione del diritto individuale nell'esercizio del quale viene conferito il mandato: tutti elementi che il 2° co. dell'art. 140*bis* non richiama.

Non solo. Dovrebbe anche portare a ritenere che, per effetto dell'adesione, l'oggetto del giudizio collettivo si estenda anche al tutela del diritto individuale dell'aderente e che dunque l'ente attore agisca anche in nome e per conto dell'aderente avanzando in giudizio la sua domanda risarcitoria o restitutoria ([42]). Se così fosse, si dovrebbe anche ammettere che con l'adesione venga esercitata – ad opera dell'ente attore, ma in nome e per conto dell'aderente - la domanda individuale avente il «medesimo oggetto» di quella collettiva, circostanza, questa, che sembra esclusa dallo stesso art. 140 *bis* sia nel momento in cui differenzia la posizione processuale dell'aderente da quella dell'interventore, sia nel momento in cui prevede la possibilità che l'adesione sopraggiunga anche in appello.

Queste considerazioni inducono a ritenere che l'adesione sia molto più semplicemente l'esercizio dell'*opt-in* da parte dei singoli consumatori e utenti attraverso un atto unilaterale stragiudiziale doppiamente recettizio (sia nei confronti dell'attore che del convenuto), dagli effetti predeterminati dal legislatore. Vale a dire un atto con il quale l'aderente manifesta la volontà di «avvalersi della tutela prevista dal presente articolo» (come recita il 2° co. dell'art. 140 *bis*) e dunque accetta – senza divenire parte del processo e senza avere all'interno del giudizio collettivo alcun rappresentante processuale - la sottoposizione agli effetti (favorevoli e non) della sentenza «collettiva» con riferimento all'accertamento della responsabilità del convenuto ([43]).

Questo sta a significare che la sentenza collettiva sarà vincolante, anche se negativa, sia nei confronti dell'aderente che, ovviamente, dell'interventore. Con la conseguenza che, se dovesse essere positiva e non ci fosse la possibilità di determinare, allo stato degli atti, la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente, né avesse esito positivo il successivo procedimento conciliativo, al singolo consumatore o utente aderente non resterebbe altra soluzione

che quella dell'introduzione di un giudizio autonomo (anche di tipo ingiuntivo) per la determinazione del *quantum* del proprio diritto al risarcimento o alla restituzione.

Se le modalità di esercizio dell'*opt-in* sono quelle indicate, residua, tuttavia, un dubbio che nasce proprio dalle scelte operate a proposito dell'allargamento dell'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva risarcitoria anche a comitati o associazioni «adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi da tutelare». Se l'adeguatezza della rappresentatività va valutata ai fini della determinazione dell'*interesse legittimante* nella fase iniziale del giudizio, in rapporto agli interessi collettivi tutelati ed al gruppo al quale essi si riferiscono, è difficile ipotizzare che già in quel momento siano stati effettuati gli interventi e le adesioni e dunque sia possibile avere chiara l'individuazione del gruppo. E' più ragionevole ritenere, perciò, che la «adeguata rappresentatività» degli enti «non istituzionali» che abbiano esercitato l'azione vada valutata dal giudice in via potenziale, anche tenendo conto della determinazione del gruppo che può derivare nel corso del processo dall'esercizio dell'intervento o dell'adesione da parte dei singoli consumatori e utenti.

16. Ulteriore problema, strettamente connesso alla legittimazione all'esercizio dell'azione collettiva, è poi quello della previsione di un «filtro» di ammissibilità dell'azione proposta. Anche questo si presenta come un elemento di somiglianza con la *certification* del sistema di *class action* [art. 23 (c) (1) delle *FRCPR* nordamericane].

Una volta intrapresa la strada dell'allargamento della legittimazione anche a soggetti diversi dalle associazioni dei consumatori «istituzionali» con il riconoscimento dell'interesse legittimante anche in capo a comitati o associazioni dotate di «adeguata rappresentatività» degli interessi tutelati quanto mai opportuno appare – ancora una volta sul modello della *class action* - riconoscere al giudice il potere di valutare la sussistenza dell'*interesse legittimante* nelle fasi iniziali del giudizio.

Senonché, anche nell'introduzione del «filtro» di ammissibilità il modello di riferimento della *certification* della *class action* viene solo parzialmente recepito dal nostro legislatore.

In proposito, infatti, il nuovo art. 140 *bis* cod. consumo, che per la prima volta introduce appunto il «filtro» di ammissibilità dell'azione collettiva, si limita a richiamare tre condizioni che possono determinare l'inammissibilità della domanda: manifesta infondatezza, conflitto di interessi, inesistenza di un interesse collettivo.

Per come strutturato il c.d. giudizio di ammissibilità, la volontà del legislatore sembra essere quella di imporre al giudice, alla prima udienza, la decisione sull'ammissibilità della domanda mediante un provvedimento a cognizione sommaria, provvisorio e ad efficacia meramente endoprocessuale, avente ad oggetto la valutazione *prima facie* di insussistenza di qualcuna delle condizioni di inammissibilità (manifesta infondatezza, conflitto di interessi, inesistenza di un interesse collettivo). Lo testimoniano sia la forma indicata per il provvedimento (ordinanza), sia le modalità attraverso le quali si arriva alla sua pronuncia («sentite le parti e assunte quando occorre sommarie informazioni»), sia il rimedio esperibile (reclamo alla corte d'appello, che pronuncia in camera di consiglio) ([44]). Ne deriva che, a prescindere dal contenuto dell'ordinanza sull'ammissibilità della domanda, essa non sembra destinata a produrre effetti al di fuori del processo nel corso del quale è stata pronunciata, e dunque: se di ammissibilità, sarà sostituita dalla successiva sentenza; se di inammissibilità, non impedirà la riproposizione della medesima azione anche ad opera della stessa associazione o comitato e sulla base dei medesimi fatti ([45]).

Ma se così è il «filtro» finisce per far sorgere molti più problemi di quelli che intenda risolvere. Da un lato, infatti, la specifica individuazione delle questioni che possono formare oggetto del c.d. giudizio di ammissibilità esclude che in esso possano farsi rientrare tutte le altre questioni (come, ad es., l'assenza di «adeguata rappresentatività» nell'ente attore) ([46]), che ugualmente potrebbero determinare la dichiarazione di inammissibilità. Se così è, sembra inevitabile ritenere che l'emergere di questioni diverse da quelle espressamente richiamate come oggetto del c.d. giudizio di ammissibilità fa sorgere un'ordinaria questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito risolvibile nei consueti modi di cui all'art. 187 c.p.c. (e dunque, con sentenza, definitiva o non a seconda che il giudice valuti sussistente o meno l'«adeguata rappresentatività»).

Dall'altro lato, se la funzione del «filtro» è quella di far emergere nelle fasi iniziali del giudizio questioni *litis ingressum impediens* con riferimento alla particolare azione collettiva proposta non si vede per quale ragione predisporre un meccanismo *ad hoc* come quello del c.d. giudizio di ammissibilità, che approda ad un'ordinanza, sommaria, reclamabile e ad efficacia meramente endoprocessuale, e non seguire, piuttosto, la strada «maestra» degli artt. 187 e 279 c.p.c., che il legislatore individua per i processi ad azione individuale tutte le volte che sorga una questione pregiudiziale o preliminare idonea a chiudere il processo in corso.

17. Infine, strettamente connesso al profilo dell'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva – stante il suo riconoscimento in capo a diversi soggetti – è quello dell'efficacia della pronuncia collettiva nei confronti degli altri co-legittimati. Ovviamente, il discorso è abbastanza semplice con riferimento alla sentenza di accoglimento dell'azione collettiva. E' evidente, infatti, che se l'azione collettiva (inibitoria o risarcitoria o restitutoria che sia) è stata accolta, ciò impedisce l'esercizio della medesima azione collettiva ad opera di altri co-legittimati, in quanto mancherebbe in capo a questi il presupposto fondamentale l'interesse ad agire in giudizio. Diverso, invece, il discorso da fare con riferimento alla pronuncia di rigetto dell'azione collettiva, in quanto in tal caso l'interesse degli altri ad esercitare l'azione collettiva dovrebbe ritenersi permanente.

In effetti, il nostro legislatore non ha mai chiarito, neanche nel passato, il rapporto fra la sentenza «collettiva» di rigetto e l'eserpicibilità della medesima azione da parte di altri co-legittimati.

Ebbene, se si tiene conto dell'oggetto dell'azione collettiva, e cioè l'accertamento della responsabilità del convenuto con riferimento ad un determinato comportamento illecito (azione collettiva inibitoria) o ai danni dei singoli derivanti dal comportamento illecito del convenuto (azione collettiva risarcitoria o restitutoria), sembra difficile ammettere che, una volta rigettata nel merito l'azione esercitata da una delle associazioni o dei comitati legittimati, vi possa essere la riproposizione della medesima azione ad opera di altri co-legittimati: anche il rigetto nel merito

dell'(unica) azione collettiva determina il venir meno dell'interesse ad agire degli altri co-legittimati (già esistenti o che potrebbero costituirsi successivamente) in conseguenza dell'accertata inesistenza della responsabilità del convenuto nella fattispecie dedotta ([47]). La concorrente legittimazione nell'esercizio della medesima azione – quella di accertamento della responsabilità del convenuto – non significa anche automatica configurabilità di plurimi diritti di azione, quanto più semplicemente possibilità che uno dei molteplici co-legittimati si attivi per esercitare l'azione, salvo comunque il potere di intervenire nel giudizio instaurato da altro co-legittimato.

Peraltro, anche ammettendo la riproponibilità della medesima azione ad opera degli altri co-legittimati, di fatto l'impresa convenuta potrebbe facilmente impedirle avanzando a sua volta domanda riconvenzionale di accertamento nei confronti di tutti i possibili co-legittimati con conseguente chiamata in causa di quest'ultimi.

Solo l'esclusione della riproponibilità, infine, consente di risolvere anche il più rilevante problema che inevitabilmente si porrebbe in caso contrario. Vale a dire la possibilità che, dopo la pronuncia della sentenza che definisca il processo rigettando la domanda, la stessa associazione che abbia esperito la prima azione collettiva agisca nuovamente in modo collettivo, fondando un comitato *ad hoc* ovvero rivolgendosi ad una associazione dei consumatori diversa da quella che ha agito nel primo processo. Eventualità, questa, non ipotizzabile una volta che si escluda la riproponibilità della medesima azione collettiva a seguito della sentenza di rigetto nel merito.

Si è criticata una simile soluzione «sia per la violazione del diritto di azione cui andrebbero incontro le associazioni estranee al giudizio, concluso con il rigetto della domanda ..., sia per l'incoraggiamento che ne deriverebbe alla costituzione di associazioni "gialle", amiche degli imprenditori, per la promozione di azioni così mal gestite da condurre al rigetto di domande fondate» ([48]). In realtà, la presunta violazione del diritto di azione che ne deriverebbe per gli altri co-legittimati presupporrebbe che, nel caso di specie, effettivamente alla pluralità di legittimati corrisponda una pluralità di azioni, mentre è il medesimo legislatore a puntualizzare che le associazioni e i comitati sono tutti legittimati ad avanzare la medesima domanda giudiziale: di accertamento del diritto al risarcimento del danno o alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'azione collettiva risarcitoria; di accertamento del diritto ad impedire un determinato comportamento illecito nei confronti dei consumatori o utenti nell'azione collettiva inibitoria.

Quanto, poi, al rischio derivante dalle c.d. associazioni «gialle» potrebbe richiamarsi il noto brocardo *adducere inconveniens non est solvere argumentum*. Peraltro, si tratta di inconveniente che può essere agevolmente eluso dalle altre associazioni o comitati sia attraverso l'intervento o l'adesione dei singoli consumatori o utenti, sia attraverso l'intervento in causa degli altri co-legittimati all'esercizio della medesima azione collettiva.

18. Il dato comune alle novità che si profilano con riferimento al tradizionale problema dell'abilitazione all'esercizio dell'azione collettiva, nei diversi settori nei quali si manifesta, è dato dalla circostanza che con esse si cerca di rispondere ad esigenze emergenti nella società, esigenze alle quali, però, non corrispondono sempre situazioni giuridiche soggettive tutelabili mediante la tradizionale azione giudiziaria.

Esse, da un lato, confermano l'opportunità che, sebbene indirettamente salvaguardate mediante la predisposizione di mezzi diversi dall'azione giudiziaria per la loro effettiva soddisfazione (si pensi, ad es., al ruolo riconosciuto alle c.d. *authorities*) ([49]), queste nuove esigenze di tutela abbiano comunque un'efficace e pronta protezione giurisdizionale. Tenendo conto che il ricorso alla tutela giurisdizionale collettiva assolve – come detto - anche un'indubbia funzione di interesse pubblico, in quanto consente la realizzazione di un sistema di *enforcement* privato, complementare rispetto all'azione pubblica di controllo. Dall'altro, sollecitano l'interprete ad una «rivisitazione» e, per quanto possibile, ad un «adattamento» dei tradizionali strumenti giurisdizionali, nella consapevolezza che egli deve avere «il buonsenso di guardare al di là del diritto formale» ([50]). Soprattutto, quando si tratti di superare i molti «impedimenti» processuali che continuano a frapporsi all'effettiva tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche a rilevanza collettiva.

*] Testo della Relazione al Convegno «La conciliazione collettiva» (Università degli studi di Milano, 26 settembre 2008).

[1] In proposito v., soprattutto, Taruffo, *Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, in Aa.Vv., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2003, 53 ss.; Id., *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in Aa.Vv., *Le azioni collettive in Italia. Profili teorici ed aspetti applicativi*, a cura di Belli, Milano, 2007, 13 ss.; Chiarloni, *Per la chiarezza delle idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 567 ss.; Giussani, voce *Azione collettiva*, in *Enc. dir., Annali I*, Milano, 2007, 132 ss.; Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, 222 ss.; cfr. anche, sulla questione terminologica e per ulteriori riferimenti, Gidi, *Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries*, in *American Journal of Comparative Law*, 2003, 334 ss.; Koch, *Die Verbandsklage in Europa*, in 113 *Z.Z.P.*, 2000, 413 ss.; Id., *Prozessführung bei complexen Verfahren in Europa*, in *The Coming Together of Procedural Laws in Europe*, a cura di M. Storme, Antwerpen-Apeldoorn, 2003, 373 ss.; in argomento v. anche il testo classico di M. Olson, *The Logic of Collective Action. The Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge 1965, 9 ss. (trad. it., *Logica dell'azione collettiva. I beni pubblici e la teoria dei gruppi*, Milano 1983), dove – in relazione alla teoria delle organizzazioni – si ritrova la definizione di azione collettiva come cooperazione di un gruppo di attori al fine di conseguire scopi comuni.

[2] In argomento, Lanfranchi, *Le animulae vagulae blandulae e l'altra faccia della luna*, in Aa. Vv., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. Lanfranchi, Torino, 2003, XIX ss.; da ultimo, diffusamente Donzelli, *La tutela*, cit., spec. 397 ss.; rinvio anche al mio *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in Aa.Vv., *La tutela giurisdizionale*, cit., 79 ss.

L'art. 11 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* spagnola, introdotta nel 2000, distingue fra *intereses colectivos* e *intereses difusos* dei consumatori e utenti. I primi sarebbero quelli che afferiscono ad un numero di soggetti individuali determinati o facilmente determinabili, i secondi, invece, quelli che afferiscono ad un numero di soggetti individuali indeterminati o non facilmente determinabili. La diversa natura della situazione da tutelare incide anche sulla legittimazione ad esercitare l'azione collettiva: nel caso degli *intereses colectivos* la legittimazione viene riconosciuta alle associazioni dei consumatori o utenti o ai membri del gruppo che rappresentino la maggioranza degli appartenenti al gruppo stesso (art. 11.2 *LEC*); invece, nel caso degli *intereses difusos* la legittimazione spetta soltanto alle associazioni dei consumatori o utenti individuate dalla legge. La *La Ley organica* n. 3 del 2007 sull'uguaglianza fra uomini e donne ha introdotto nella *LEC* – sempre a proposito della legittimazione ad agire nell'ambito della tutela collettiva – l'art. 11 *bis*, il quale prevede che, insieme all'interessato e sempre su sua autorizzazione, sono legittimati ad agire a tutela del diritto al paritario trattamento fra uomini e donne – rispettivamente a favore dei propri affiliati e associati - i sindacati e le associazioni legalmente costituite la cui finalità primaria sia la difesa della parità fra uomini e donne. Lo stesso art. 11 *bis*, al 2° co., aggiunge che, quando gli interessati siano una pluralità di persone indeterminata o di difficile determinazione, la legittimazione per la tutela in giudizio di questi «interessi diffusi» spetterà esclusivamente agli organismi pubblici con competenza in materia, ai sindacati maggiormente rappresentativi e alle associazioni di rilevanza statale il cui fine primario sia la difesa del paritario trattamento fra uomini e donne, ma questo «*sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal*». Gonzalez Cano, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Valencia, 2002, 10 ss.; Di Salvo, *Le azioni collettive in Spagna alla luce della riforma processuale del 2000*, in *Annali del seminario giuridico*, VII, Milano, 2007, 151 ss.

[3] Così Alpa, voce *Interessi diffusi*, in *Dig. civ.*, IX, Torino, 1993, 609 ss., 610. In argomento v., ora, in maniera approfondita Donzelli, *La tutela giurisdizionale*, cit., 162 ss., 273 ss. e 302 ss.; v. anche, di recente, Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7036, in *Corr. giur.* 2006, 785 ss., con nota di Di Majo.

[4] Ed infatti, gli elementi costitutivi delle c.d. obbligazioni soggettivamente complesse vengono identificati, dalla dottrina civilistica, nell'esistenza di una pluralità di soggetti dal lato passivo e/o attivo, nell'unicità della prestazione per tutti i creditori o debitori (*eadem res debita*), nell'unicità della fonte dell'obbligazione (*eadem causa obligandi*): così, in particolare, Busnelli, *L'obbligazione soggettivamente complessa. Profili sistematici*, Milano, 1974, 5 ss. e 21 ss.; Id., voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 329 ss.; Id., voce *Obbligazione: IV) Obbligazioni divisibili, indivisibili e solidali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, 1990, 1 ss.; Di Majo, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 298 ss.

[5] Per l'accostamento delle ipotesi indicate nel testo alla fattispecie della tutela giurisdizionale di situazione giuridiche superindividuali o comunque collettive v., in particolare, Carpi, *Cenni sulla tutela degli interessi collettivi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, 544 ss.; Id., *Intervento*, in *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, (Atti del Convegno di studio, Pavia, 11-12 giugno 1974), Padova, 1976, 306 s.; Id., *L'efficacia ultra partes della sentenza civile*, Milano, 1974, 34 ss.; Proto Pisani, *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 1216 ss., spec. 1245 ss.; Id., *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice ordinario*, in *Le azioni*, cit., 263 ss., 278 ss. e 284 ss. (anche in *Dir. e giur.*, 1974, 801 ss.); Costantino, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, in *Le azioni*, cit., 223 ss. (anche in *Dir. giur.*, 1974, 817 ss.).

[6] Significativa, in proposito, la conclusione alla quale perviene Corte giustizia Ce, 1° ottobre 2002, C 167/00, *Verein für Konsumenteninformation c. Henkel*, in *Foro it.*, 2002, IV, 501 ss., con nota di Palmieri, *L'inibitoria di clausole abusive oltre i confini nazionali*.

[7] In proposito v. anche Pellegrini Grinover, *New Trends in Standing and Res Judicata in Collective Suits*, in *Direito processual comparado. XIII World Congress of Procedural Law*, a cura di A. Pellegrini Grinover e P. Calmon, Brasilia, 2007, 319 ss.; Aa.Vv., *Class Actions: comparative study (Journée d'études du 27 jan 2006)*, Paris, 2006; Hodges, *Multi-Party Actions: An European Approach*, in 11 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2001, 332 ss.; Koch, *Die Verbandsklage in Europa*, cit., 413 ss.

[8] COM(2008) 165 def. Il Libro bianco, facendo seguito al Libro verde del 2005, ad una consultazione pubblica ed al voto espresso nel 2007 dal Parlamento europeo, ha portato ad una consultazione pubblica (chiusasi il 15 luglio 2008), dalla quale dipenderà un'eventuale legislazione comunitaria.

[9] Lo stesso Libro bianco aggiunge che tali soggetti: (i) vengono designati ufficialmente in anticipo, oppure (ii) sono abilitati ad hoc da uno Stato membro, in relazione ad una particolare violazione delle norme antitrust, per intentare un'azione a nome di alcuni o di tutti i propri membri.

[10] Così Giuliani, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, 1997, 174. Per una valutazione sostanzialmente identica sul versante processual-civilistico, v. Denti, *Relazione introduttiva*, in *Le azioni*, cit., 18; Lanfranchi, *Costi sociali della crisi della giustizia civile e degiurisdizionalizzazione neoliberista*, in *Giur. it.*, 1996, IV, 165 ss.

[11] V. Cass., sez. un., 8 maggio 1978, n. 2207, in *Foro it.*, 1978, I, 1090 ss., con nota di Barone e in *Giust. civ.*, 1978, 1208 ss., con nota di Postiglione, con la quale venne annullata la precedente sentenza del Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 1973, n. 253, in *Foro it.*, 1974, III, 33 ss., con nota di Romano e Zanuttigh, il quale aveva giudicato ammissibile l'azione intentata dall'associazione riconosciuta «Italia nostra» a tutela di un «interesse pubblico diffuso» volto alla salvaguardia di bellezze naturali (nel caso di specie, appunto, il lago di Tovel).

[12] Cons. Stato, ad. plen., 19 ottobre 1979, n. 24, in *Foro it.*, 1980, III, 1 ss., con nota di Romano, e in *Foro amm.*, 1979, I, 2417 ss., con nota di Biagini, e in *Le Regioni*, 1980, 733 ss., con nota di Berti.

[13] D'altra parte, nelle diverse occasioni nelle quali è stata sollecitata ad intervenire sulla legittimità costituzionale di questa scelta operata con riferimento all'art. 28 st. lav., la Corte costituzionale – rinvenendo alla base della procedura speciale *ex art. 28 st. lav.* l'esigenza di tutela dei principi costituzionali sulla libertà sindacale nelle ipotesi di violazione delle norme ordinarie di attuazione di detti principi - ha giustificato la scelta operata dal legislatore ordinario nell'attribuzione della legittimazione ad agire in capo alle associazioni sindacali nazionali non nell'ottica della titolarità dell'interesse tutelato da parte di dette associazioni, ma nell'ottica della maggiore rappresentatività nel campo del lavoro di queste associazioni, che le renderebbe idonee a tutelare nel modo più opportuno gli interessi collettivi della categoria, ammettendo – implicitamente – che detta legittimazione ad agire sia comunque riconducibile ad una legittimazione di natura non ordinaria. In proposito v., anzitutto, Corte cost., 6 marzo 1974, n. 54, in *Foro it.*, 1974, I, 963 ss., con nota di Pera; successivamente, sostanzialmente sulle stesse posizioni Corte cost., 24 marzo 1988, n. 334, *ivi*, 1988, I, 1774 ss., con nota di Greco, *Sindacato confederale e sindacato di mestiere: verso una diversificazione dei modelli di rappresentanza*; Corte cost., 21 luglio 1988, n. 860, *ivi*, 1989, I, 623 ss.; Corte cost. 26 gennaio 1990, n. 30, *ivi*, 1992, I, 30 ss.; Corte cost., 17 marzo 1995, n. 89, *ivi*, 1995, I, 1735 ss., con nota di Cerri, *Una risposta disattenta della Corte sul requisito del carattere nazionale del sindacato per la legittimazione al ricorso ai sensi dell'art. 28 del c.d. «statuto dei lavoratori»?*

[14] Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* (1960), ristampa, a cura di G. Crifò, Napoli, 1994, 221; in termini non dissimili, Allorio, *Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire*, in *Id., Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, 195 ss.; Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 182 ss.; in tempi più recenti Rescigno, voce *Legittimazione*, in *Dig. civ.*, X, Torino, 1993, 518 ss.; Di Majo, voce *Legittimazione negli atti giuridici*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 52 ss.; Costantino, voce *Legittimazione ad agire (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, 1 ss.; Palermo, voce *Legittimazione*, *ivi*, XVIII, Roma, 1996, dove anche altri riferimenti. Per la dottrina tedesca v. J. Blomeyer, *Die unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung*, in *Z.Z.P.*, 1968, 24 ss., spec. 32 ss.; K. Hellwig, *Klagerecht und Klagemöglichkeit*, Leipzig, 1905, 53 ss.; *Id.*, *Anspruch und Klagerecht*, Leipzig, 1924, 480.

[15] Osservava Satta, *Commentario del c.p.c.*, I, Milano, 1966, 355, che «gli autori, quando vogliono trovare un caso di legittimazione distinto dall'esistenza del diritto sono costretti a formulare risibili ipotesi, come quella di chi agisca per un rapporto dichiaratamente altrui».

[16] Nel senso che la legittimazione ad agire vada correlata all'ambito di manifestazione degli effetti del provvedimento richiesto v., nella dottrina tedesca, W. Lux, *Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft*, München, 1906, 30 ss.; nella nostra dottrina, Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1936, 252 ss.; Segni, *L'intervento adesivo*, Roma, 1919, 152 ss.; Andrioli, *La legittimazione ad agire*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1935, 273 ss.; Costantino, voce *Legittimazione ad agire*, *cit.*, 5, dove anche altre indicazioni.

[17] Invece, nel senso che la *certification* del giudice porti ad una sorta di entificazione della classe ed il *class representative* agisca come «rappresentante paraorganico» della stessa classe v. Consolo, *Class actions fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 609 ss.; Cappalli-Consolo, *Class actions for continental Europe?*, in *6 Temple Int'l and Comp. L.J.*, 213 (1992).

[18] Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989, 279 ss.; Taruffo, *Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, in *Aa.Vv.*, *La tutela*,

cit., 53 ss.; Id., *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in Aa.Vv., *Le azioni*, cit., 13 ss.; Marotzke, *Von der schutzgesetzlichen Unterlassungsklage zur Verbandsklage*, Tübingen, 1992, 81 ss.; Giussani, *Studi sulle class actions*, Padova, 1996, 349 ss.; Costantino, *Note sulle tecniche di tutela collettiva (disegni di legge sulla tutela del risparmio e dei risparmiatori)*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 1009 ss.; Chiarloni, *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 385 ss.; Mulheron, *Some difficulties with group litigation and why a class action is superior*, 24 *Civil Justice Q*, 40 (2005); Donzelli, *La tutela giurisdizionale*, cit., 185 ss.

[19] In proposito, anche per le indicazioni, v. Marengo, *Garanzie processuali e tutela dei consumatori*, Torino, 2007, 83 ss. Una diversa soluzione si rinviene, invece, nel caso dell'*ação coletiva* brasiliana, dove la legittimazione dei singoli appartenenti alla classe viene esclusa per essere attribuita al Pubblico ministero, allo Stato federale e alle amministrazioni locali, agli enti e organi della pubblica amministrazione, alle associazioni dei consumatori costituite da almeno un anno (art. 82 *Código brasileiro do consumidor*). In proposito v. Pellegrini Grinover, *Mandado de segurança collettivo: legittimazione, oggetto e cosa giudicata*, in *Studi in onore di V. Denti*, III, Padova, 1994, 391 ss.; Gidi, *Class action in Brazil*, cit., 363 ss.; Marengo, *Garanzie processuali*, cit., 95 ss. La soluzione brasiliana si è, poi, diffusa nell'area ibero-americana (come, ad es., in Perù, Uruguay, Costa Rica): per informazioni v. Pellegrini Grinover, *Le azioni collettive ibero-americane: nuove questioni sulla legittimazione e la cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 10 ss.

[20] Sulla possibilità di introdurre anche nel nostro sistema forme di tutela assimilabili a quelle delle *class actions* americane v., in particolare, Denti, *Relazione introduttiva*, cit., 20 ss.; Giussani, *Le «mass tort class actions» negli Stati Uniti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 331 ss.; Id., *Un libro sulla storia della class action*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 171 ss.; Id., *Studi sulle class actions*, cit., 350 ss.; Consolo, *Class action fuori dagli USA?*, cit., 609 ss.; Gambaro, *Danno ambientale e tutela degli interessi diffusi (una rivisitazione critica del tema delle class actions ed uno studio comparativo delle esperienze occidentali degli anni '90)*, in AA.VV., *Per una riforma della responsabilità civile per danno all'ambiente*, a cura di Trimarchi, Milano, 1994, 43 ss.; Rescigno, *Sulla compatibilità tra il modello processuale delle class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 2224 ss. Per la discussione sull'identico problema in altri ordinamenti europei v., in generale, Hopt-Baetge, *Rechtsvergleichung und Reform des deutschen Rechts – Verbandsklage und Gruppenklage*, in Basedow-Hopt-Kötz-Baetge, *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, Tübingen, 1999, 11 ss., spec. 23 ss.; Taruffo, *Some remarks on group litigation in comparative perspective?*, in 11 *Duke J. Comp. Int'l Law*, 2001, 405 ss.; per il sistema svedese, Nordh, *Group actions in Sweden: reflections on the purpose of civil litigation, the need for reforms and a forthcoming proposal*, in 11 *Duke J. Comp & Int'l L.*, 381 (2001); Stengel-Hakeman, *Gruppenklage – Ein neues Institut im schwedischen Zivilverfahrensrecht*, in *RIW*, 2004, 221; per quello tedesco, Koch, *(Non-Class) Group litigation under EU and German Law*, in 11 *Duke J. Comp. Int'l L.*, 355 (2001); Eichholtz, *Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente*, Tübingen, 2002, spec. 225 ss., dove anche altre indicazioni; per quello austriaco, Eccher, *Sulla legge austriaca per la tutela dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 275 ss.; Kodek, *Massenverfahren – Reformbedarf für die ZPO*, in *AnwBl*, 72 (2006); Stadler-Mom, *Tu felix Austria? – Neue Entwicklungen im kollektiven Rechtsschutz im Zivilprozess in Österreich*, in *RIW*, 199 (2006). Invece, sull'evoluzione del medesimo confronto con riferimento ai Paesi latino-americani v. Pellegrini Grinover, *Le azioni collettive ibero-americane*, cit., 10 ss.; Marengo, *Garanzie processuali*, cit., 100 ss., dove anche le opportune indicazioni bibliografiche.

[21] In proposito v. Taruffo, *Modelli di tutela*, cit., 53 ss.; Walter, *Mass Tort Litigation In Germany and Switzerland*, in 11 *Duke J. Comp. Int'l L.*, 369 (2001); Koch, *Die Verbandsklage in Europa*, cit., 413 ss.; Id., *Prozessführung bei complexen Verfahren in*

Europa, in Aa. Vv., *The Coming Together of Procedural Laws in Europe*, a cura di M. Storme, Antwerp 2003, 373 ss.; Id., *Die Verbandsklage im Umweltrecht*, in *NVwZ*, 2007, 370.

[22] Corte cost., 22 marzo 1971, n. 55, in *Foro it.* 1971, I, 824 ss.; v. anche Corte cost., ord., 5 febbraio 1999, n. 18, in *Giur. cost.*, 1999, 152 ss.; Corte cost., 23 maggio 1997, n. 146, in *Cass. pen.*, 1997, 2662 ss.

[23] In proposito, v. J.C. Coffee, *Understanding the Plaintiff's Attorney: the Implication of Economic Theory for Private Enforcement of Law through Class and Derivative Actions*, in 86 *Columbia Law Review*, 682 (1986); Amatucci, *L'azione collettiva nei mercati finanziari come strumento di governo societario (divagazioni in tema di trasparenza obbligatoria e di effettività dell'art. 2395 c.c.)*, in *Riv. soc.*, 2005, 1348 ss.; Basedow (a cura di), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer, 2007; Carpagnano, *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*, in *Danno e resp.*, 2007, 23 ss.

[24] In proposito v., per tutti, M. Stürner, *Model Case Proceedings in the Capital Markets – Tentative Steps Towards Group Litigation in Germany*, in *Civil Justice Quarterly* 26 (2007), 250 ss.; Consolo-Rizzardo, *Class actions «fuori dagli Usa»: qualcosa si muove anche alle nostre (ex-) frontiere settentrionali almeno quanto al case management.*, in *Int'l Lis*, 2006, 38; Stadler, *Das neue Gesetz über Musterfeststellungsverfahren im deutschen Kapitalanlegerschutz*, in *Festschrift für Rechberger*, New York, 2005, 663; Lüke, *Der Musterentscheid nach dem neuen Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz: Entscheidungsmuster bei gleichgerichteten Interessen?* in *ZZP* 119 (2006), 131; Gebauer, *Zur Bindungswirkung des Musterentscheids nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*, in *ZZP* 119 (2006), 159; Poncibò, *La controriforma delle class actions*, in *Danno e resp.*, 2006, 124 ss.; Caponi, *Strumenti di tutela collettiva nel processo civile: l'esempio tedesco*, in AA.VV., *Le azioni collettive in Italia*, cit., 55 ss.

[25] Un meccanismo molto simile, peraltro, è stato elaborato a livello giurisprudenziale in Austria, dove si rinviene sia il «processo modello» (*Musterklage*) introdotto da una delle parti tradizionali, sia il «processo modello» introdotto da un ente qualificato fra quelli indicati dalla par. 29 del *Konsumentenschutzgesetz – KSchG (Verbands-Musterklage)*. V., in proposito, Kodek, *Massenverfahren – Reformbedarf für die ZPO*, cit., 72 ss.; Stadler-Mom, *Tu felix Austria? – Neue Entwicklungen im kollektiven Rechtsschutz im Zivilprozess in Österreich*, cit., 199 ss.; Rechberger, *Verbandsklagen, Musterprozess und "Sammelklagen"*, in *Festschrift Welsch*, 871 ss., 888.

[26] La disciplina inglese dei *group litigation orders* – come noto – è stata introdotta nel 2000 dal *The civil procedure (amendment) rules 2000*. Su questa riforma v., in particolare, Consolo-Rizzardo, *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 894 ss.; Andrews, *Multi-Party proceedings in England: representative and group actions*, in *Duke Journ. Comp. Int. Law*, 249 (2001); Marengo, *Garanzie processuali*, cit., 74 ss.

[27] Le nuove disposizioni diventeranno efficaci solo dopo che sia decorso un anno dalla data di entrata in vigore della legge n. 244/2007, e dunque il 1° gennaio 2009. Come noto, lo «slittamento» dell'entrata in vigore (originariamente prevista per il 30 giugno 2008) si è avuta per effetto dell'art. 36 d.l. 25 giugno 2008, n. 112, e ciò «anche al fine di individuare e coordinare specifici strumenti di tutela risarcitoria collettiva, anche in forma specifica, nei confronti delle pubbliche amministrazioni». In argomento rinvio, anche per le indicazioni bibliografiche, a Carratta, *Azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 722 ss., mentre per una panoramica e un'analisi dei progetti di legge

presentati nel corso della XIV legislatura v. Id., *Dall'azione collettiva inibitoria a tutela di consumatori e utenti all'azione collettiva risarcitoria: i nodi irrisolti delle proposte di legge in discussione*, in *Giur. it.* 2005, 662 ss.

[28] L'individuazione della rilevanza dell'interesse anche del singolo appartenente alla categoria dei c.d. interessi collettivi e diffusi, emersa già in relazione all'art. 28 st. lav., si colora di nuove e più interessanti prospettive soprattutto in relazione alla nuova disciplina in materia di tutela di consumatori ed utenti: v., anche per le opportune indicazioni, Donzelli, *La tutela*, cit., 785 ss. Per l'identico problema nel dibattito dottrinale tedesco, v. Basedow, *Kollektiver Rechtsschutz und individuelle Rechte*, in *Arch. civ. Praxis*, 1982, 335 ss., spec. 345 ss.; Greger, *Verbandsklage und Prozessrechtsdogmatik – Neue Entwicklungen in einer schwierigen Beziehung*, in *Z.Z.P.*, 2000, 399 ss.; Koch, *Die Verbandsklage*, cit., 413 ss.; Eichholtz, *Die US-amerikanische Class Action*, cit., 228 ss.

[29] In proposito rinvio al mio *Profili processuali*, cit., 116 ss.; v. anche Cons. Stato, ad. pl., 11 gennaio 2007, n. 2, in *Foro it.*, 2007, III, 113 ss..

[30] Per le opportune indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali rinvio ancora al mio *Profili processuali*, cit., 129, in nota 103. Adde C. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5760, *Giur. amm.*, 2006, I, 1419 ss.; T.a.r. Puglia, sez. Lecce, 5 aprile 2005, n. 1847, in *Giur. it.*, 2006, 408 ss.; T.a.r. Liguria, 18 marzo 2004, n. 267, in *Riv. giur. ed.*, 2004, I, 1444 ss.

[31] In generale sui criteri seguiti dalla giurisprudenza di merito per individuare il presupposto della «rappresentatività» nelle associazioni che agiscono ai sensi dell'art. 1469 *sexies* c.c. rinvio al mio *Profili processuali*, cit., 129 ss.

[32] Nello stesso senso S. Menchini, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in www.judicium.it, § 2; G. Costantino, *La tutela collettiva risarcitoria: nota a prima lettura dell'art. 140 «bis» cod. consumo*, in *Foro it.* 2008, V, 17 ss.; S. Chiarloni, *Il nuovo art. 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Giur. it.* 2008, 1842 ss.; M. Bove, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze europee più mature*, in *Guida dir.* 2008, n. 4, 11 s.; G. Ruffini, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 713 ss.; A. Briguglio, *L'azione collettiva risarcitoria*, Torino 2008, 14 s.; P. Buzzelli, in C. Consolo, M. Bona e P. Buzzelli, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano 2008, 86 ss.; R. Caponi, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008; A. D. De Santis, *L'azione risarcitoria collettiva*, in Aa.Vv., «Class action» e tutela collettiva dei consumatori, a cura di G. Chinè e G. Miccolis, Roma 2008, 124 ss.; D. Amadei, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in www.judicium.it; R. Donzelli, *op. cit.*, 851 ss.; A. Palmieri, *Campo di applicazione, legittimazione ad agire e vaglio di ammissibilità*, in *Foro it.* 2008, V, 189 s.; V. Vigoriti, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contr. e impr.* 2008, 748 ss., il quale parla di «un'apertura rinfrescante, che merita valorizzazione perché di rottura con l'impostazione burocratica».

[33] Come noto, ai fini del rilascio della *certification* occorre dimostrare – oltre al profilo della *typicality* e *adequacy of representation* - la sussistenza

della *numerosity* (coinvolgimento di un numero di parti tale da rendere non conveniente il ricorso ad altre forme di aggregazione) e della *commonality* (presenza di una o più questioni di fatto o di diritto che coinvolgano tutti i componenti della classe),.Solo dopo che è stata accertata la ricorrenza di tali requisiti, la Corte verifica la riconducibilità dell'azione proposta ad una delle categorie di *class action* indicate dalla *subdivision (b)* della *Rule 23*.

[34] V. J.C. Coffee Jr., *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, in 100 *Colum. L. Rev.*, 370 (2000); sullo scarso ricorso a tale rimedio v. anche Th.Eisenberg e G.P. Miller, *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, in 57 *Vanderbilt Law Review*, 1529 (2004).

[35] Con la conseguenza che eventuali processi singoli pendenti o comunque iniziati prima che sia intervenuta la decisione sulla questione comune sono sospesi dal giudice di fronte al quale essi pendono e il provvedimento di sospensione ha anche l'effetto di chiamata in giudizio di fronte al giudice competente per il *Musterverfahren* (la Corte di appello) delle parti del giudizio individuale, che, dunque, non possono autoescludersi e diventano automaticamente parti anche del «processo modello».

[36] E' stato escluso, invece, il ricorso all'*opt-out* da parte dei singoli aderenti al gruppo, ma probabilmente perché una simile soluzione imporrebbe la preliminare determinazione da parte del giudice del gruppo e degli appartenenti ad esso e dunque una ulteriore complicazione processuale. Peraltro, una previsione come questa non sembra contrastare con alcun principio di rilevanza costituzionale (così, invece, Rescigno, *Sulla compatibilità*, cit., 2228), purché sia accompagnata dalla predisposizione di adeguati strumenti di tutela a favore dei terzi ai quali il giudicato si estende. Vale a dire sia della possibilità per i terzi di sottrarsi agli effetti del giudicato mediante l'*opting out*, sia della adeguata pubblicizzazione dell'esercizio dell'azione collettiva. In proposito v. anche Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna 2008, 168 ss.; Vigoriti, *Impossibile la class action in Italia? Attualità del pensiero di Mauro Cappelletti*, in *Resp. civ. e prev.* 2006, 38 ss.

[37] Ma, evidentemente, anche al convenuto, per consentire la produzione dell'effetto interruttivo della prescrizione di cui all'art. 2945 c.c.

[38] Così 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, 5 ss., 6; Id., in Consolo-Bona-Buzzelli, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, 186 ss.; Menchini, *op. cit.*, § 2; Caponi, *op. ult. cit.*, § 3.

[39] In questo senso, Costantino, *op. cit.*, § 5; Ruffini, *op. cit.*, § 2; De Santis, *op. cit.*, 236 s.; Bove, *op. cit.*, 11 s.

[40] Rinvio, in proposito, a A. Carratta, *L'azione collettiva*, cit., 723 ss.; Id., *Effetti del giudicato e tutela collettiva*, in Aa. Vv., *Le azioni collettive*, cit., 100 ss., dove altre indicazioni; *adde*, nello stesso senso, C. Consolo, *L'art. 140 bis: nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualcivilisticamente, un po' «Opera aperta»*, in *Foro it.* 2008, V, 205 ss.; S. Chiarloni, *Il nuovo art. 140 bis*, cit., 1844 ss.; M. Bove, *L'oggetto del processo «collettivo» dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria (art. 140 e 140 bis cod. consumo)*, in www.judicium.it, § 4; R. Caponi, *Oggetto del processo e del giudicato «ad assetto variabile»*, in *Foro it.* 2008, V, 200 ss.; diversamente orientato D. Dalfino, *Oggetto del processo e del giudicato (e altri profili connessi)*, *ibidem*,

192 ss., per il quale l'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria sarebbero gli interessi collettivi dei consumatori.

[41] Consolo, *op. cit.*, 6; Id., in Consolo-Bona-Buzzelli, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, 186 ss.

[42] Ed in effetti è questa la conclusione alla quale sembra pervenire Caponi, *op. cit.*, § 6 ss.; comunque, nel senso che l'aderente diventi una parte solo in senso sostanziale, Menchini, *op. cit.*, § 4; Consolo, in Consolo-Bona-Buzzelli, *op. cit.*, 185, 204; nel senso, poi, che l'aderente diventi anche parte in senso processuale A. Giussani, *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis cod. cons.*, in *Studi in onore di M. Acone*, in corso di pubblicazione, § 6, e questo in conseguenza della qualificazione dell'adesione come atto processuale, qualificazione che mi pare si debba escludere proprio alla luce delle considerazioni svolte nel testo.

[43] Nel senso del testo anche Chiarloni, *Il nuovo art. 140 bis, cit.*, 1846; v. anche Caponi, *op. cit.*, § 6.

[44] Per la medesima conclusione Menchini, *op. cit.*, § 4; C. Consolo, *E' legge, cit.*, 6; Id., in C. Consolo, M. Bona e P. Buzzelli, *Obiettivo, cit.*, 162 s.; invece, nel senso della natura decisoria e definitiva dell'ordinanza, e dunque della sua ricorribilità per cassazione *ex art. 111, comma 7°, Cost.*, Costantino, *op. cit.*, § 4; De Santis, *op. cit.*, 251; Vigoriti, *op. cit.*, 751.

[45] Osserva Menchini, *op. cit.*, § 4 che «l'ordinanza non ha la stabilità del giudicato e non produce l'efficacia preclusiva del dedotto e del deducibile».

[46] Secondo alcuni, tuttavia, un appiglio per far rientrare anche la valutazione di «adeguata rappresentatività» nel «filtro» di ammissibilità potrebbe individuarsi nella valutazione di «esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi del presente articolo»: così Menchini, *op. cit.*, § 2; Ruffini, *op. cit.*, § 1; Briguglio, *op. cit.*, § 1. In realtà, il riferimento del legislatore sembra essere orientato al profilo sostanziale e plurioffensivo della situazione giuridica dedotta in giudizio e non al profilo della valutazione di sussistenza dell'interesse legittimante in capo all'attore.

[47] Nel senso del testo anche C. Consolo, in C. Consolo, M. Bona e P. Buzzelli, *Obiettivo, cit.*, 166 ss., per il quale l'azione risarcitoria, configurandosi come azione di classe, sia pure *in nuce*, induce a ritenere l'unicità del giudizio; in senso opposto Menchini, *op. cit.*, § 3. Invece, esclude la riproponibilità dell'azione da parte dei co-legittimati Caponi, *op. cit.*, § 24, ma dando rilevanza al comma 5° dell'art. 140bis laddove fa salva l'azione individuale dei consumatori e utenti che non abbiano aderito all'azione collettiva proposta. In realtà, l'argomento non pare decisivo nel senso di escludere la riproposizione della medesima azione collettiva ad opera di altri co-legittimati, in quanto nel caso di specie il legislatore si limita ad estendere all'azione collettiva risarcitoria quanto già previsto per quella inibitoria dal comma 9° dell'art. 140 cod. consumo.

[48] Chiarloni, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 567 ss.; v. anche Menchini, *op. cit.*, § 3; Donzelli, *op. cit.*, 882; Giussani, *op. ult. cit.*, § 12.

[49] Per simili rilievi v. Cassese, *Interessi di massa*, in *Corriere della sera*, 26 febbraio 2004, 1; Id., *Gli interessi diffusi e la loro tutela*, in *La tutela giurisdizionale*, cit., 569 s.

[50] Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quad. fiorentini*, n. 32, 2003, 25 ss., spec. 49. V. anche, nella prospettiva di superare la tradizionale impostazione del codice di rito civile, con riferimento a specifici profili, Andrioli, *Un po' di «Materiellesjustizrecht»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 959 ss.; Id., *Giustizia civile e inquinamento atmosferico*, in *Ecologia e disciplina del territorio (Convegno di Pontremoli, 29-31 maggio 1975)*, Milano, 1976, 51 ss.; Greger, *Verbandsklage und Prozessrechtsdogmatik*, cit., 399 ss.