

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

## L'interesse di classe

### **This is the author's manuscript**

*Original Citation:*

*Availability:*

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/2061410> since 2025-03-05T11:35:55Z

*Publisher:*

Genova University Press

*Terms of use:*

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)



*Responsabili Collana*

Paola Ivaldi (*Università di Genova*)

Lorenzo Schiano di Pepe (*Università di Genova*)

*Comitato scientifico*

Alberto M. Benedetti (*Università di Genova*), Pierluigi Chiassoni (*Università di Genova*), Paolo Comanducci (*Università di Genova*), Gisella De Simone (*Università di Genova*), Angelo Dondi (*Università di Genova*), Carlos Esplugues Mota (*Università di Valencia, Spain*), Riccardo Ferrante (*Università di Genova*), Andrea Fusaro (*Università di Genova*), Bettina Heiderhoff (*Università di Münster, Germany*), Juan Ruiz Manero (*Università di Alicante, Spain*), Alberto Marcheselli (*Università di Genova*), Realino Marra (*Università di Genova*), Eric Millard (*Università di Paris-Ouest, France*), Marco Pietro Pavese (*Università di Genova*), Marco Pelissero (*Università di Torino*), Ilaria Queirolo (*Università di Genova*), Michele Siri (*Università di Genova*), Pascale Steichen (*Università di Nice Sophia Antipolis, France*), Lara Trucco (*Università di Genova*), Chiara E. Tuo (*Università di Genova*), Piera Vipiana (*Università di Genova*)

# Le clausole generali nel diritto privato

**Il ruolo della giurisprudenza  
e i limiti alla discrezionalità dei giudici**

**Atti del Convegno in onore di Giovanna Visintini**

**a cura di**

**Tommaso Arrigo**

**Alessandra Pinori**

I contributi qui pubblicati sono stati revisionati dal Comitato Scientifico del Convegno "Le clausole generali nel diritto privato. Il ruolo della giurisprudenza e i limiti alla discrezionalità dei giudici" svoltosi a Genova il 19-20 maggio 2023 in onore della prof. Giovanna Visintini.

© 2024 GUP

I contenuti del presente volume sono pubblicati con la licenza  
Creative commons 4.0 International Attribution-NonCommercial-ShareAlike.



Alcuni diritti sono riservati

ISBN 978-88-3618-292-3  
e-ISBN (pdf) 978-88-3618-293-0

Pubblicato a novembre 2024

Realizzazione Editoriale  
**GENOVA UNIVERSITY PRESS**  
Via Balbi 5, 16126 Genova  
Tel. 010 20951558  
e-mail: gup@unige.it  
<https://gup.unige.it>



Stampato rispettando l'ambiente da  
[www.tipografiaecologicakc.it](http://www.tipografiaecologicakc.it)  
Tel. 010 877886

## SOMMARIO

<i>Prefazione</i>	11
PIERLUIGI CHIASSONI <i>Frammenti di una teoria analitica delle clausole generali</i>	17
MAURIZIO LUPOI <i>Un primo approccio comparatistico al 'diritto vivente': Francia e Inghilterra</i>	33
MASSIMO FRANZONI <i>Principi generali, norme elastiche, clausole generali</i>	59
GUIDO ALPA <i>La solidarietà nel diritto privato</i>	83
TOMMASO DALLA MASSARA <i>Il 'dovere professionale di conoscere la giurisprudenza': riflessioni metodologiche nella prospettiva dell'abuso del diritto</i>	103
STEFANO TROIANO <i>La (ir)resistibile ascesa della ragionevolezza da notion floue a "metaprincipio"?</i>	115
GILDA FERRANDO <i>L'interesse del minore</i>	135
MICHELE SESTA <i>Eguaglianza e solidarietà nella determinazione dell'assegno di divorzio</i>	149
RITA ROLLI <i>Funzione sociale della proprietà ieri, oggi e domani</i>	163
PATRIZIA PETRELLI <i>Il limite della normale tollerabilità nelle immissioni</i>	199
ALESSANDRO CIATTI CAIMI <i>L'interesse comune nei rapporti condominiali</i>	219

LUCA NANNI <i>La buona fede oggettiva</i>	237
GIORGIO AFFERNI <i>Buona fede e responsabilità per mancata conclusione del contratto</i>	253
CHIARA POGGI <i>Rupture brutale des relations commerciales établies nell'ordinamento francese. Un esempio di abuso di diritto nella cessazione del contratto</i>	273
ELENA PODDIGHE, VINCENZO ZENO-ZENCOVICH <i>La "correttezza" nelle condizioni generali di contratto delle grandi piattaforme online</i>	287
GIANROBERTO VILLA <i>La causa non imputabile nella disciplina dell'inadempimento</i>	301
RAFFAELLA DE MATTEIS <i>La diligenza professionale come parametro valutativo del fare</i>	315
CARMELITA CAMARDI <i>Discipline della sopravvenienza contrattuale, buona fede e pluralismo normativo. Premesse per una discussione</i>	323
TOMMASO ARRIGO <i>Interessi meritevoli di tutela, fiducia, destinazione patrimoniale</i>	351
ILARIA CARASSALE <i>Clausole generali e contratto di assicurazione danni. Iato o conciliazione?</i>	377
CLAUDIO SCOGNAMIGLIO <i>L'ingiustizia del danno: dialogando con Giovanna Visintini</i>	395
GIULIO PONZANELLI <i>Sostenibilità delle regole di responsabilità civile</i>	411
FRANCESCA BERTELLI <i>Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto privato</i>	421
MARCO CAPECCHI <i>Il nesso di causalità materiale: una clausola generale?</i>	441

ALESSANDRA PINORI <i>Il criterio delle conseguenze immediate e dirette</i>	451
VALENTINA DI GREGORIO <i>L'equità nella valutazione dei danni</i>	461
MARIA VITORIA BALLESTRERO <i>Clausole generali e potere discrezionale del giudice. La giusta causa di licenziamento</i>	477
GISELLA DE SIMONE <i>La solidarietà nel diritto del lavoro. Prime riflessioni</i>	495
ALBERTO MARIA BENEDETTI <i>Gli «assetti organizzativi adeguati» tra principi e clausole generali. Appunti sul nuovo Art. 2086 C.C.</i>	511
STEFANO PAGLIANTINI <i>La circolazione dello statuto consumeristico: esperimenti in una terra incognita</i>	533
LUCIANA CABELLA PISU <i>Unfair. Le vicissitudini di buona fede e correttezza nel recepimento di tre direttive europee</i>	553
ENRICO CAMILLERI <i>Pratiche commerciali scorrette e clausola generale</i>	571
EDOARDO FERRANTE <i>L'interesse di classe</i>	593
CLAUDIO CARLO VIAZZI <i>Conclusioni</i>	617
<i>Curriculum</i>	623

ossequio, appunto, a una diversa ricostruzione della figura del consumatore medio - la pratica di abbinamento di prodotti finanziari e assicurativi<sup>51</sup>.

Dall'altro, poi, si fa concreta la possibilità quasi di una eterogenesi dei fini del diritto concorrenziale in ciò, che l'anelito di maggiore *rule of reason* e la necessità di impiego di concetti indeterminati di ampio raggio, che ne sono cifra caratteristica e che si colgono fra l'altro anche in tema di PCS, alla base ad esempio degli insistiti riferimenti dell'AGCM alla clausola generale pure in presenza di condotte incluse nelle liste nere, da fattore di temperamento divengono elemento di irrigidimento della disciplina e della sua applicazione.

Schiacciare verso il basso il paradigma potenziale del consumatore, nel senso cioè da declinarlo come consumatore in varia misura debole, anziché con varietà di accenti e gradazioni razionale e responsabile, finisce col fare della nozione "rifondata" quasi il cavallo di Troia per la consumerizzazione del diritto della concorrenza; con l'ulteriore corollario che la integrazione valutativa diverrebbe non già lo strumento adattativo, che consente ad esempio di ottimizzare una più moderna azione *antitrust* specie sul terreno dei mercati digitali, ma appunto quasi il grimaldello attraverso cui pervenire - caso AGCM/Poste *docet* - a una moltiplicazione indiretta di censure e divieti, fornendo per di più implicito avallo ad una postura antitrust caratterizzata da avversione preconcepita al gigantismo.

<sup>51</sup> Cfr. Cons. Stato Cons. Stato, ord. 10 ottobre 2022, n. 8650, cit., sub. parr 31 e 32.E a).

## L'INTERESSE DI CLASSE

Edoardo Ferrante\*

SOMMARIO: 1. Le peripezie legislative della nostra *class action*: il problema della «retroattività». - 2. (Segue): lo spostamento della nostra *class action* dal codice del consumo al codice di procedura civile. - 3. Alcune ricadute sostanziali della riforma del 2019 e della *class action* in genere. - 4. Una piccola classe di aderenti. - 5. Verso il superamento del diritto soggettivo nel processo di massa (c'è un interesse "punitivo" di classe?) - 6. Un'appendice sull'azione rappresentativa a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (nuovi artt. 140-ter ss. c. cons.).

### *1. Le peripezie legislative della nostra class action: il problema della «retroattività».*

Ad uno sguardo d'insieme il nostro ordinamento non può più dirsi povero di procedimenti collettivi. Anzi, l'impressione è quasi d'abbondanza, se non di sovrappopolamento. Ma se domandassimo a dieci operatori quanta tutela queste azioni abbiano recato al cittadino, al consumatore, al lavoratore, probabilmente nove (o dieci) risponderrebbero «poca». Strumenti più risalenti e altri recenti, inibitori e risarcitori, generali e settoriali hanno finora mancato alle promesse, e restano in cerca d'identità e spazio reale. Se un'istantanea restituirebbe immagini movimentate, un filmato che riproducesse l'evoluzione della giustizia collettiva in Italia sarebbe ben poco limpido.

D'altro canto, è risaputo che in queste faccende la quantità non diventa qualità, il moltiplicarsi dei riti non basta, il proliferare dei rimedi si fa controproducente. La tanto declamata effettività percorre itinerari complessi e talora misteriosi,

\* Professore ordinario di diritto privato dell'Università di Torino.

non riducibili all'introduzione di nuovi modelli o alla rivisitazione dei vecchi, e talora diritto e processo sembrano parlare lingue diverse<sup>1</sup>.

Solo per schizzi, l'inibitoria collettiva "generalista" ex art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. ha assorbito l'inibitoria collettiva consumeristica ex artt. 139-140 c.cons., ma sopravvive l'inibitoria speciale ex art. 37 c.cons. contro le clausole vessatorie, salvo ritenerla – ma è arduo – implicitamente abrogata. L'azione di classe "generalista" ex art. 840-*bis* ss. c.p.c. ha assorbito quella consumeristica ex art. 140-*bis* c.cons., ma i nuovi artt. 140-*ter* ss. c.cons. (introdotti dal d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28, attuativo della Dir. 1828/2020/UE in materia di azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori), hanno ripristinato a far data dal 25 giugno 2023 un'azione collettiva a struttura esponenziale, che può essere tanto inibitoria (art. 140-*octies* c.cons.) quanto compensativa (art. 140-*novies* c.cons.).

Fra tutte resta paradigmatica l'epopea della nostra azione di classe. Come noto la «1ª edizione», risalente al 2007, non è mai entrata in vigore<sup>2</sup>. Quanto alla «2ª», entrata in vigore il 1º gennaio 2010 per gli illeciti posteriori al 15 agosto 2009, le azioni sono state poche e promosse per lo più durante il primo anno di vigenza<sup>3</sup>. Ora gli artt. 840-*bis* ss. c.p.c., introdotti con Legge 12 aprile 2019,

<sup>1</sup> Nel partecipare a questa raccolta di scritti in onore della Professoressa Giovanna Visintini – scritti che riproducono le relazioni tenute al convegno genovese del 19-20 maggio 2023 («*Le clausole generali nel diritto privato*») – desidero ringraziarLa nuovamente per l'invito e per l'opportunità concessami. E fra le molte cose belle che mi riportano a Lei col pensiero, mi piace ricordare un volume, «*I fatti illeciti, I. Ingiustizia del danno. Imputabilità*» la cui 1ª edizione risale al 1987 e comparve nei noti libri «azzurri» della Cedam («*I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*»). In quanto *case-book* non appartiene, per definizione, ai libri più importanti della Professoressa, ma fu decisivo per me e per molti toRINESI iscritti a giurisprudenza negli anni '90. Tra corsi votati all'esegesi o allo stretto rigore dogmatico, ed altri di un realismo quasi iconoclasta, ne spiccava uno viceversa casistico, ma fatto di casi «veri», un po' *common law* e un po' *civilian*, ove il testo d'esame era appunto «La Visintini»: ebbene, per molti quel volume della Professoressa ha segnato una svolta, la scintilla di una passione sempre accesa per il diritto e per il diritto civile. Lo ribadiva a chiare lettere, per tutti, PERLINGIERI, *Relazione su sistemi di enforcement e principio di effettività*, MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, in particolare p. 210; sotto altro punto di vista, Paglietti, *La tutela civile dei diritti dei consumatori*, Napoli, 2013, p. 88 ss.

<sup>2</sup> Cfr. l'art. 2, co. 446, Legge 24 dicembre 2007, n. 244.

<sup>3</sup> Cfr. l'art. 140-*bis* c. cons., introdotto dall'art. 49, co. 1, Legge 23 luglio 2009, n. 99, modificato dall'art. 6 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. «cresci Italia»), e convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27.

n. 31, ne rappresentano la «3ª edizione»<sup>4</sup>. La nuova *class action* sarebbe entrata in vigore il 19 aprile 2020, se col solito decreto-«milleproroghe» la sua entrata in vigore non fosse stata rinviata di ulteriori sei mesi<sup>5</sup>; e in ogni caso, ai sensi dell'art. 7, co. 2, l. 31/2019, il nuovo rito vale solo per gli illeciti commessi dopo l'entrata in vigore della legge medesima. Ne deriva che per quelli commessi tra il 16 agosto 2009 e il 19 ottobre 2020 è ancora in vigore, ad esaurimento, la «2ª edizione», che però difficilmente verrà adoperata in futuro (se già langue l'uso dell'ultima e vigente edizione).

Come si nota all'istante, non è l'usuale successione di leggi processuali nel tempo: alla scansione temporale dei riti corrisponde quella degli illeciti che attraverso quei riti possono cadere *sub iudice*; il tempo della domanda si lega a quello del fatto dannoso<sup>6</sup>. Ecco una prima, latente dimensione sostanziale della nostra *class action*. Come nella «2ª edizione», così nella «3ª» il legislatore tratta l'istituto alla stregua del rimedio prima che del rito<sup>7</sup>: se dall'ottobre 2020 esso vale solo per

<sup>4</sup> Per un commento «a caldo» cfr. CONSOLO, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 737 ss.; e R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e responsabilità*, 2019, p. 305 ss. In questo modo il nostro legislatore dà seguito alla Raccomandazione 2013/396/UE (in G.U.C.E. L n. 201/60 del 26 luglio 2013), dopo che già vi aveva dato seguito la Francia con l'art. 1 *Loi n. 2014-344 du 17 mars 2014*, che introduce l'art. 423 *code de la consommation* (una traduzione in lingua italiana compare in *Contratto e impresa/Europa*, 2014, p. 929 ss., a cura di COPPO; e per un breve commento, BERTOLINO, *L'«opt-out» nell'azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 475 ss. e in particolare p. 501 ss.) e la Germania, che ha varato il *Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage* (o *MuKlag*), entrato in vigore il 1º novembre 2018.

<sup>5</sup> La vacanza fino all'aprile 2020 e poi fino all'ottobre 2020 si spiegava «al fine di consentire al Ministero della giustizia di predisporre le necessarie modifiche dei sistemi informativi per permettere il compimento delle attività processuali con modalità telematiche» (art. 7, co. 1, Legge 31/2019); notazione più che comprensibile, visto quante azioni di tipo collettivo sono naufragate, nei fatti, prima ancora dell'avvio, a causa dei notevoli inconvenienti organizzativi e logistici, prima che delle (vere o presunte) pastoie del rito.

<sup>6</sup> Nota la disputa che aveva accompagnato la c.d. «irretroattività» dell'art. 140-*bis* (testo previgente) c.cons., stante il disposto dall'art. 49, co. 2, l. 99/2009: in tema sia consentito rinviare, fra i molti, a E. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, Padova, 2012, p. 183 ss.

<sup>7</sup> Impossibile censire la dottrina «rimedialista», anche solo con riguardo alle esperienze della giustizia collettiva: cfr., per tutti, DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, in particolare p. 13 ss., p. 49 ss. e p. 71 ss.; MESSINETTI, *La sistemica rimediale*, in *Le*

chi abbia patito danno a partire da quella data, ciò significa che una pretesa maturata prima è sostanzialmente diversa da una maturata dopo, perché la prima serba una minore effettività, la seconda un'effettività maggiore<sup>8</sup>. È come se il legislatore temesse l'imprevedibilità o "retroattività" dell'*actio*, quando di solito a questi fini basta guardare al tempo della domanda. È chiaro però, qui più che altrove, che *jus* e *actio* vanno insieme, che una pretesa azionabile in forma allargata è diversa da una che non lo è, che le accresciute potenzialità di salvaguardia collocano l'istituto nell'area dei rimedi anziché dei semplici riti alternativi. Evidentemente il legislatore dell'art. 7, co. 2, l. 31/2019 ha stimato incongruo che chi abbia commesso un illecito prima dell'ottobre 2020 soggiaccia ad una tutela non ancora accessibile all'epoca dell'illecito, che chi confidava di sottostare alla sola azione individuale, che poco spaventa e poco danneggia, debba improvvisamente cimentarsi con un rito effettivo ed efficace. Giusto o sbagliato che sia, sembra uno scrupolo di "riconoscibilità" del rimedio<sup>9</sup>; e forse non è un caso che molti intravedano nell'azione qualcosa di sanzionatorio, qualcosa che non merita di patire chi non ne sia stato edotto fin dall'inizio<sup>10</sup>.

Tuttavia, se lo sguardo si posi sulla «2ª edizione», vale a dire sull'unica che ha trovato riscontro<sup>11</sup> – per la «3ª» è presto dire – tanti timori paiono esorbitanti.

*tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo Di Majo a cura di MAZZAMUTO, Napoli, 2012, p. 103 ss.; e di recente PESCE, I rimedi dell'autonomia, Pisa, 2022, passim ma in particolare p. 36 ss.*

<sup>8</sup> D'altro canto, secondo il "Documento di lavoro dei Servizi della Commissione. Consultazione pubblica: verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi», pubblicato il 4 febbraio 2011 come SEC (2011) 173 def., in particolare par. 1, "i diritti che non sono esercitati nella pratica non hanno alcun valore»; mentre al par. 4 si legge "spesso le azioni legali intentate a livello individuale non risultano un mezzo efficace per far cessare le pratiche illecite o per ottenere un risarcimento dei danni da queste provocati (...). La conseguenza di ciò è che il perdurare di pratiche illegali causa, a livello complessivo, considerevoli perdite alle imprese e ai cittadini europei» (in tema, fra i molti, GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, p. 29 ss. e p. 53 ss.; Id., *Il consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 525 ss.; e ancora Id., *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996, in particolare p. 182 ss.).

<sup>9</sup> Tra gli altri, POMANTI, *La "riconoscibilità" della norma penale*, Napoli, 2020, in particolare p. 255 ss.

<sup>10</sup> *Infra* par. 5.

<sup>11</sup> Un primo resoconto giurisprudenziale si legge in CAPORUSSO, *L'azione di classe nel diritto vivente: un laboratorio in itinere*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1199 ss.

Come noto le azioni esperite sono state non solo esigue, ma caduche e per lo più inette a superare il vaglio d'ammissibilità (riarticolatosi, a sua volta, nei giudizi di reclamo e di cassazione)<sup>12</sup>. Quelle ammesse alla trattazione del merito generalmente hanno visto aderire pochi consumatori e hanno condotto a risarcimenti modesti, all'esito di procedimenti dal ritmo più lento di quello mediamente occorrente per le liti individuali.

Difficile cogliere con esattezza le ragioni dell'insuccesso. La prima spiegazione cui va il pensiero, non risolutiva ma neppure trascurabile, è data dall'estraneità dell'istituto al suo ambiente d'elezione, quel che sembra avervi scatenato una crisi di rigetto: gli esordi – è cosa nota – sono stati vissuti con allarme dai giudicanti e diffidenza dalla classe forense. Non è detto si debba scomodare a tutti i costi l'idea della lontananza culturale o della scarsa formazione degli operatori, tare mentali che avrebbero reso indigesto il *transplant*<sup>13</sup>: potrebbe essersi trattato, più banalmente, di paura del "super-lavoro" per i giudicanti e del lavoro scarsamente retribuito per i difensori. E ciò conferma la persuasione, pur dopo l'ingresso nel sistema della *class action*, che i mali della giustizia non si curino con nuovi riti o lo snellimento dei vecchi, ma con più risorse, giudicanti e no, e con incentivi pratici che rendano appetibile il processo<sup>14</sup>.

Il discorso vale anche per la *class action*, che promette molto ma per raggiungere i suoi obiettivi necessita delle giuste misure d'accompagnamento, che fluidifichino il superamento della bipolarità processuale tra un attore e un convenuto singolo, e forse, sul lungo periodo, della stessa logica bilaterale del diritto soggettivo.

<sup>12</sup> Numeri bassi, come nota GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele individuali nel disegno di legge-delega di riforma del codice civile*, in *Contratti*, 2019, p. 493 ss. e in particolare pp. 499-500.

<sup>13</sup> Notazione diffusa ma cfr., per tutti, DENOZZA, *L'azione privata. Tutela individuale o strumento di enforcement*, in *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia* (Atti del convegno di Courmayeur, 1-2 ottobre 2012), Milano, 2011, p. 46 ss.; di recente MONATERI, *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, in *Danno e responsabilità*, 2019, p. 314.

<sup>14</sup> Come per le liti "a due", così per quelle di classe c'è bisogno di *third party funding*, che prima o poi arriverà anche da noi, piaccia o no (lo menziona il recente art. 140-septies, co. 5, c.cons.): D'ALESSANDRO (a cura di), *Prospettive del third party funding in Italia*, Milano, 2019, *passim*; CASTELLI - MONTI, *Third party litigation funding: quali prospettive in Italia?*, in *Contratti*, 2019, p. 580 ss.; e ancora D'ALESSANDRO PONCIBÒ, *European Parliamentary Research Service, Responsible private funding of litigation. European Added value assessment*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 919 ss.

## 2. (Segue): lo spostamento della nostra class action dal codice del consumo al codice di procedura civile.

È un discorso che porterebbe lontano dal tema, mentre le ragioni dell'insuccesso della nostra *class action* devono essere cercate più in prossimità.

Ora, badando ai soggetti del rapporto processuale allargato, un primo importante restringimento dell'azione previgente era dato dalla circostanza per cui, in forza dell'art. 140-*bis*, commi 1-2 (vecchio testo), c.cons., attore di classe poteva essere solo un consumatore, convenuta solo un'impresa. Contratti, rapporti, questioni *business-to-consumer* e nulla più, settori importanti, ma pur sempre settori. È un problema che tornerà, quando verrà in gioco la neonata azione rappresentativa consumeristica<sup>15</sup>.

Quanto all'oggetto del rapporto processuale, altra importante restrizione era data dalla circostanza per cui, in forza dell'art. 140-*bis*, co. 2, in particolare lett. «a)», «b)» e «c)», c.cons., la materia del contendere doveva ricadere entro taluni specifici insiemi d'illeciti: inadempimento di contratti seriali, responsabilità del produttore, pratiche commerciali scorrette e danni da illecito *antitrust*. Anche qui settori vasti ed eterogenei, in fatto e in diritto, ma pur sempre parti del tutto.

Questa politica delle limitazioni era anzitutto il sintomo di una volontà legislativa incerta, preoccupata delle ricadute negative dello strumento prima che della sua effettività, a dispetto di quanto impongono gli artt. 47, co. 1, Carta UE e 13 CEDU<sup>16</sup>. D'altra parte, la «2ª edizione» della nostra *class action* non nacque da un disegno politico meditato ma quasi da una casualità, per quanto sia arduo parlare di casualità dinanzi all'opera legislativa: anche una veloce scorsa all'allora art. 140-*bis* c.cons. era sufficiente a cogliere il disagio di chi vuole e disvuole, fa e disfa<sup>17</sup>.

Inoltre, frammentare artificiosamente l'area del rimedio ha significato rimaneggiarne le occasioni d'impiego. Come ho detto, l'area restava ampia, ma fatta di zone distanti e non comunicanti. Incrociando le restrizioni soggettive e quelle oggettive si aveva come un arcipelago di situazioni coperte entro un mare di contenzioso sguarnito, dove il processo tradizionale lasciava (e lascia) gran parte

<sup>15</sup> Cfr. *infra*, par. 6 (in materia di azione rappresentativa).

<sup>16</sup> Per tutti, TROCKER, *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta Europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, p. 381 ss.

<sup>17</sup> TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, pp. 122-123; e PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 253.

delle liti nel sommerso. Non ne poteva scaturire un "grosso" contenzioso di classe.

Ma frammentarne artificiosamente l'area – ecco il difetto peggiore – ha indotto le parti a controvertere sui requisiti d'accesso, anziché sul merito della lite, trasformandolo in un grande raccoglitore di cavilli; prova ne sia l'accanito dibattito, puntualmente sviluppatosi all'udienza-filtro, sulla qualità di consumatore del proponente<sup>18</sup>, sull'appartenenza della materia del contendere al novero di quelle coperte, sulla pertinenza temporale della pretesa (se anteriore o posteriore al 15 agosto 2009, secondo quanto prescritto dall'art. 49, co. 2, l. 99/2009). Non a caso molte azioni si sono "spente" quasi subito, già all'atto di saggiare l'ammissibilità dell'azione.

Ebbene la riforma del 2019, con i nuovi artt. 840-*bis* ss. c.p.c., dopo circa dieci anni di faticoso ambientamento del nuovo rito, ha finalmente ricusato questa politica delle barriere e dei freni: come non ha limitazioni precostituite l'azione individuale, così non deve avere limitazioni quella di classe<sup>19</sup>. Ma la politica delle limitazioni ha ripreso presto altre strade<sup>20</sup>.

## 3. Alcune ricadute sostanziali della riforma del 2019 e della class action in genere.

Dunque, l'azione di classe generalista non è più "cosa" del consumatore<sup>21</sup>. Per i cultori del diritto sostanziale il dato non è di poco conto, perché il diritto dei consumi costituisce pur sempre una rete di protezione utile a collocare il rito o

<sup>18</sup> Più ampiamente, FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., p. 48 ss. La qualità di consumatore è notoriamente problematica già in sede individuale: si pensi solo al quesito, recentemente tornato all'attenzione della Suprema Corte, circa la posizione della persona fisica fideiussore, se potenziale "professionista di rimbalzo" o consumatore "per natura" (come stabilito da Cass., 16 gennaio 2020, n. 742). Se l'azione di classe ora è aperta tanto ai professionisti, di rimbalzo e no, quanto ai consumatori per natura, il problema da questo punto di vista è risolto (salvo riproporsi nell'articolazione o "sub-articolazione" della classe costituita in giudizio, come si dirà *infra* par. 3).

<sup>19</sup> Vi avrebbe certamente plaudito Galgano, a giudicare da quanto affermato in GALGANO, *Prefazione*, in C. CONSOLO, ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012, p. 5 (cfr. anche TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 106-107; e COSTANTINO, *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 140 ss.).

<sup>20</sup> Ancora *infra*, par. 6.

<sup>21</sup> Per un commento sintetico alla nostra *class action* riformata cfr. RUMINE, *Natura e forme civilistiche di tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Pisa, 2022, p. 233 ss. (ed *ivi* ampia bibliografia).

rimedio in un preciso contesto<sup>22</sup>; ordinamento settoriale incompleto e instabile, ma contrassegnato da principi e forse da valori suoi propri, non omologabili a quelli di parte generale (ad es. la lotta al disequilibrio informativo in area contrattuale, quella alla passività nell'accesso al prodotto pericoloso, l'incapacità di "scaricare" su altri i fallimenti del mercato, in primo luogo le conseguenze delle pratiche commerciali scorrette e delle intese anticoncorrenziali)<sup>23</sup>. In una battuta, il diritto privato della regolazione, proveniente soprattutto dall'Unione, ha fatto del consumatore l'anello e il controllore terminale del mercato, tanto in ambito contrattuale quanto in ambito extracontrattuale; e l'ha dotato delle tutele funzionali allo scopo, che non è solo proteggere soggetti deboli ma salvaguardare, per questa via, la leale concorrenza tra imprese<sup>24</sup>. Spostare la *class action* nel codice generalista ha significato abbandonare quest'universo rassicurante, ripristinare in certo senso l'idea del soggetto unico di diritto, fatto positivo ma che richiederà

<sup>22</sup> Cfr., fra i contributi di maggiore meditazione, BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, in particolare pp. 293-295; ROLLI, *Il "codice" e i "codici" nella moderna esperienza giuridica: il modello del codice del consumo*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 1496 ss.; PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 735 ss. (e inoltre Id., *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2004, pp. 85-87, pp. 94-95 e pp. 106-108); BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. critica dir. privato*, 2008, p. 347 ss. e in particolare p. 372 ss.; ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, ne *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?* (Atti del convegno per il cinquantenario della *Riv. dir. civ.*), Padova, 2006, p. 351 ss.; IRTI, *"Codici di settore": compimento della "decodificazione"*, in SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, p. 17 ss.; RESCIGNO, *Unità e pluralità del diritto civile: il sistema e le fonti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 23 ss.; e SCHLESINGER, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 403 ss.

<sup>23</sup> Vi si sofferma, di recente, FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018, p. 7 ss; un bilancio si legge in DE CRISTOFARO, *40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future*, in *Contratti*, 2019, p. 177 ss.

<sup>24</sup> Non è dunque profilo di "democrazia dei consumatori", né di democrazia *tout court*, come s'immaginava un tempo: GALGANO, *La democrazia dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p. 38 ss.; e RODOTÀ, *Diritti civili e politiche delle riforme: il diritto collettivo come terza dimensione della geometria istituzionale*, in BALDASSARRE (a cura di), *I limiti della democrazia*, Bari, 1985, p. 86 ss. e in particolare p. 98; di recente cfr. anche i vari contributi raccolti in SIRENA, ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018.

molta accortezza<sup>25</sup>. Sotto questo punto di vista l'azione rappresentativa consumeristica, ultima nata fra i procedimenti collettivi, appare un passo indietro<sup>26</sup>.

Può suonare paradossale ma, allo stato, desta molta più sorpresa un'azione ad ampio spettro, libera di attraversare il diritto privato, che non una destinata a ricalcare i *cliché* del codice di settore (come la *class action* previgente *ex art. 140-bis c.cons.* o come la nuova azione rappresentativa *ex art. 140-ter ss. c.cons.*). Questo dovrebbe rilanciare un quesito più recòndito: forse la parte generale, che sia contratto o illecito, ha pian piano perduto non solo d'importanza ma pure di flessibilità sistematica<sup>27</sup>. Se calare la *class action* al centro dell'ordinamento preoccupa – inutile negarlo –, forse è perché quel centro non è più tale, e meglio parrebbe governabile la periferia, che si auto-contiene e si auto-risolve in forme più stilizzate. La periferia si svela meglio attrezzata ad assorbire e comporre spinte e contropunte tipiche della modernità, mentre la parte generale degrada a fondamento epistemologico, imprescindibile ma remoto (quasi un baluardo per la didattica). La ritrovata generalità della nostra azione di classe, checché se ne dica, va in controtendenza.

Più modestamente – per rilanciare un quesito meno aeriforme – si potrebbe porre il problema di un'azione sì ad ampio spettro, ma dove fra proponenti e aderenti convivano «gomito a gomito» consumatori e no: a quel punto soggetti danneggiati da inadempimenti o illeciti identici (ovvero da un medesimo inadempimento o illecito plurioffensivo) potrebbero riversare nel processo pretese diversificate in ragione del loro appartenere all'una o all'altra categoria, pigiare nel medesimo contenitore tutele consumeristiche e tutele di parte generale.

Ecco che alla semplicità ritrovata della «3ª edizione» fa da contraltare la necessità di spaccare la classe in almeno due sotto-classi, consumatori e no, con la notazione allarmante che tale scissione sarebbe tendenzialmente rigida, una volta impostosi il *trend* della c.d. armonizzazione massima; e come noto a questo *trend* rimonta il diverso incidere dei precedenti giurisprudenziali europei, visto che la Corte UE ha il monopolio interpretativo sul diritto euro-unitario, ma non altrettanto, ovviamente, su quello esterno al raggio delle norme europee<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna, 1976, p. 35 ss.

<sup>26</sup> Cfr. in breve *infra*, par. 6.

<sup>27</sup> Lo descrive, con peculiare riferimento all'area del contratto, fra i molti, ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2020, p. 69 ss.

<sup>28</sup> Fra i molti, WEATHERILE, *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford, 2017, p. 209 ss.

Ma c'è poco da fare, perché il futuro del nostro diritto contrattuale (e non solo) sarà sempre più segnato e quasi attanagliato dal dubbio: il consumatore è ancora *cives*?<sup>29</sup> Sono ormai domande retoriche, che paiono viepiù contraddire l'idea che consumatori e non-consumatori possano condividere rimedi unici. Alle spaccature sempre più nette che dividono il diritto d'impronta tradizionale da quello euro-derivato fa da contraltare un'azione che tutto ingloba e tutto sublima, e gli esempi d'incoerenza sarebbero allora molteplici<sup>30</sup>.

Giusto per sceglierne uno, si ponga mente alla vendita di un elettrodomestico portante un vizio di fabbricazione: il compratore-consumatore vanta l'esatto adempimento sotto forma di sostituzione o riparazione del bene difforme, ma non più la risoluzione immediata, neppure – v'è da credere – nell'ipotesi peregrina dell'*aliud* (estromesso dall'arsenale dei rimedi consumeristici, per lo meno a quanto è dato intendere)<sup>31</sup>; il compratore-imprenditore, viceversa, non vanta l'esatto adempimento, estraneo alla vendita comune, ma potrebbe facilmente giovare della risoluzione per *aliud*, là dove ne ricorrano i generosi presupposti concessi dalla giurisprudenza<sup>32</sup>. Ora, se già è lecito dubitare della razionalità di quest'assetto, non meno arduo è immaginare, per lo meno «a freddo», un'azione unica che veda tra proponenti e aderenti consumatori e professionisti, tutti accomunati dall'aver comprato l'elettrodomestico mal funzionante. E discorsi analoghi si potrebbero fare per il credito al consumo e per le pratiche commerciali scorrette.

L'abbandono delle limitazioni oggettive, poi, è certamente positivo, ma richiederà impegno. La *class action* di *Common law* – espressione sempre imprecisa<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Cfr., fra i molti, FERRANTE, *La Direttiva 19/771/UE in materia di vendita al consumo: primi appunti*, in *Annuario del Contratto 2018* diretto da D'Angelo e Roppo, Torino, 2019, p. 51 ss.; in termini più generali, non ristretti alla sola contrapposizione tra consumatori e imprenditori (o professionisti), AZZARRI, *Ricodificazione del diritto dei contratti tra parte generale e discipline di settore*, in SIRENA (a cura di), *Dal 'fitness check' alla riforma del codice civile*, Napoli, 2019, p. 163 ss.; nonché FARACE, *Coerenza e legislazione nazionale (sul rapporto tra codice civile e leggi speciali)*, *ibidem*, p. 209 ss.

<sup>30</sup> Ormai lontane, ad es., le pagine di FRANZEN, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, Berlin, 1999, p. 483 ss., ove s'immaginavano ben altri e più progressivi scenari, l'idea di un diritto europeo protagonista dell'armonizzazione virtuosa del diritto nazionale.

<sup>31</sup> In tema, di recente e con ampie considerazioni, AFFERNI, *La responsabilità del venditore per i difetti materiali del bene*, Napoli, 2022, p. 266 ss.

<sup>32</sup> Ancora AFFERNI, *La responsabilità del venditore*, cit., p. 124 ss.

<sup>33</sup> Sempre vivo il *memento* di GORLA, *Studio storico-comparativo della "common law"* e

– ha coperto e copre le materie più disparate, dalle intossicazioni da prodotto agli illeciti contro l'ambiente, dalla malasanità agli abusi sessuali, dalle liti tributarie alla negligenza degli investitori, dalle condizioni di lavoro nelle fabbriche alle rivendicazioni salariali, per finire con i danni da vacanza rovinata, gli allarmi domestici difettosi, le scommesse sportive truccate e le diffamazioni a mezzo stampa. Come si vede non solo *small claims*, a dispetto del pregiudizio (per lo più continentale) che lega lo strumento al bagatellare.

Per i cultori del diritto sostanziale il dato non è di poco conto, perché l'azione s'affranca da binari prestabiliti per aprirsi a tutti i settori e a tutti i problemi della responsabilità civile contrattuale ed extracontrattuale. Tutto il diritto privato dovrà fare i conti con l'azione di classe o l'azione di classe dovrà fare i conti con tutto il diritto privato.

Squarciata la rete di protezione del codice di settore e della tipizzazione per gruppi d'illeciti, l'interprete si troverà dinanzi ad un enigma per lui inedito (ma scontato agli occhi dell'interprete d'oltreoceano): qual è il limite naturale della *class action*? Ora, l'unico limite – ma non è un limite, è la *ratio* – consisterà nella *commonality* della materia del contendere: le posizioni individuali devono manifestare uno o più tratti unificanti, necessari e sufficienti a rendere il procedimento allargato preferibile rispetto al proliferare delle liti singole; e su questo profilo, l'unico davvero cruciale, sia l'art. 140-*bis* c.cons. previgente sia i nuovi artt. 840-*bis* ss. c.p.c. hanno deciso di glissare con formule di rinvio, vale a dire prima l'"identità" e poi, col «cresci-Italia» (art. 6 d.l. 1/2012), l'"omogeneità" dei diritti individuali.

È paradossale che pure un'amplissima disciplina come i nuovi artt. 840-*bis* ss. c.p.c. lasci nell'ombra l'enigma di fondo, vale a dire come si possa e si debba "ri-tagliare" il processo di classe. Ma forse non è poi così paradossale: spetta davvero al legislatore regolare in forma analitica e tassativa i confini dello strumento? È possibile preconstituire il funzionamento tramite norme generali e astratte, come sono pur sempre quelle legislative, e che al contempo non siano di puro rinvio? In ogni caso, anche all'esito della riforma tutto continuerà a gravare sulle spalle dell'interprete, ma per essere schietti su quelle dell'attore, fondamentalmente solo nella ricerca della giusta via per oltrepassare il filtro di ammissibilità.

Non v'è chi non veda come il rito finisca col confermare una fortissima impronta sostanziale: l'omogeneità è dei diritti, non del procedimento. Non è questa la sede per trattarne a fondo, ma i recenti sviluppi confermano che la "*commona-*

scienza del diritto (le forme d'azione), in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 25 ss.

lity” non è spiegabile puramente e semplicemente come unicità dell’istruttoria, come se omogenei fossero quei soli diritti per la cui tutela di classe sia richiesta una delibazione singola ed unitaria tanto all’udienza-filtro quanto nella fase di merito. L’unicità dell’istruttoria è al più una conseguenza, non il metro dell’omogeneità. Spetta invece al diritto sostanziale dire che cosa è omogeneo e che cosa no<sup>34</sup>.

#### 4. Una piccola classe di aderenti.

Senonché la riforma del 2019, che pure ha affrancato il rimedio dalle sue pregresse costrizioni soggettive ed oggettive, come non scioglie il nodo dell’omogeneità, così non abbandona l’ormai consueto meccanismo dell’*opting-in*. Anche nella sua «3<sup>a</sup> edizione» la nostra non sarà un’azione di classe in senso proprio ma un’azione di aderenti, i quali entrano nel processo con un atto positivo di partecipazione (art. 140-*bis*, co. 3, c.cons. e nuovo art. 840-*quinquies* c.p.c.). Questo ha scatenato e continuerà a scatenare discussioni accese sulla posizione anomala dell’aderente, parte (solo) sostanziale del processo aggregato, e sull’intima contraddizione che si crea fra la natura unitaria di questo e l’ingresso a titolo singolare di ciascun membro della classe<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> *Infra* par. 5.

<sup>35</sup> Sul punto la letteratura è folta, dai tempi della nostra prima *class action* fino alla versione in vigore: cfr., fra gli altri, DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013, p. 620 ss. e p. 634 ss.; CONSOLO, ZUFFI, *L’azione di classe ex art. 140 bis, cit.*, p. 135 ss.; TARUFFO, *La tutela collettiva nell’ordinamento italiano*, cit., p. 115 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale*, cit., p. 254; DONZELLI, *L’azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, p. 265; PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova “class action”*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 19; SCHLESINGER, *Introduzione*, in *Class action: il nuovo volto*, cit., pp. 14-15; DONATI, *Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo*, in *Contratto e Impresa*, 2010, pp. 947-948; CANALE, *Il “convitato di pietra” ovvero l’aderente nell’azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1304 ss.; PORRECA, *Ambito soggettivo e oggettivo dell’azione di classe*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 551 ss.; DE CRISTOFARO, *L’azione collettiva risarcitoria “di classe”: profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 1941 ss.; PELLE, *Lo status processuale di aderente nell’azione di classe ex art. 140 bis cod. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 972-973. In senso contrario: GIUSSANI, *Il nuovo art. 140 bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 602; Id., *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 383; nonché Id., *L’azione di classe: un primo bilancio*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1189; e inoltre MENCHINI, MOTTO, *L’azione di classe dell’art. 140 bis c. cons. (legge 23 luglio 2009, n. 99)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, pp. 1430-1431; BOVE, *Profili processuali dell’azione di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 1033 ss.; e CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 387.

L’adesione porta inevitabilmente con sé questioni individuali, come diviene lampante quando il convenuto, ammessa l’azione alla fase di merito, formuli eccezioni personali non contro la classe, ma contro il singolo aderente come tale. Ne discende l’individualizzazione di ritorno della lite, nonché l’impossibilità di ridurla ad un’unica istruttoria; al contrario, potrebbero occorrere tante istruttorie quanti sono gli aderenti, ciò che mette a repentaglio l’idea stessa della comunanza della materia del contendere. Se con l’*opt-in* l’aderente formula un’autentica domanda di tutela, esattamente al pari del proponente, egli deve poter replicare alle eccezioni del convenuto, per lo meno quando dette eccezioni riguardino soltanto lui e non altri; e da questo vicolo cieco non si può uscire sottraendo al convenuto la facoltà di sollevare eccezioni personali, pena la violazione di ogni suo più elementare diritto di difesa<sup>36</sup>. Ecco il rischio di fondo: per via indiretta l’azione degrada a somma di cause individuali, perché accanto alla lite fra proponente e convenuto insorgono tante liti individuali quanti sono gli aderenti. Esattamente l’opposto della *commonality*.

In giurisprudenza si segnala in particolare Cass., 15 maggio 2019, n. 12997, in *Giur. it.*, 2020, p. 535 ss., con nota di chi scrive, la quale precisa: “*Gli aderenti, nei confronti dei quali fa stato la sentenza, non sono parti processuali in senso tecnico*»; formulazione più completa si deve all’ormai datata Trib. Torino, ord. 4 giugno 2010, in *Giur. it.*, 2010, p. 2601 ss., con note di RONCO e di ZUFFI, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2523 ss., con nota di DE SANTIS, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 869 ss., con nota di LIBERTINI e MAUGERI, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, p. 610 ss., con nota di CERRATO, in *Danno e responsabilità*, 2011, p. 67 ss., con nota di FRATA, in *Corr. merito*, 2010, p. 1045 ss., con nota di SANGIOVANNI, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1487 ss., con nota di RUGGERI (e commentata anche da COSTANTINO, CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull’azione risarcitoria di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 985 ss. e in particolare p. 987 ss.), ove il Tribunale ha affermato che “(...) l’azione di classe tutela i diritti individuali omogenei dei consumatori ed utenti ed a tal fine può agire ciascun componente. Solo il soggetto che assume tale iniziativa processuale assume la qualità di parte processuale, mentre coloro che aderiscono all’azione ai sensi del 3° co. ne subiscono gli effetti, ma non assumono la qualità di parte essendo privi di poteri di impulso processuale e della possibilità di impugnare la decisione, che fa comunque stato nei loro confronti».

<sup>36</sup> Per citare un esempio noto – verosimilmente non l’unico né il più importante – Trib. Torino, 10 aprile 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 331 ss., con nota di chi scrive, nel rigettare la quasi totalità delle adesioni, non aveva sottaciuto di aver accolto “contestazioni sollevate dalla parte convenuta»; ma a quanto consta neppure s’era dato modo a quegli aderenti di replicare (in tema, fra gli altri, SCAGLIONE, *Azione di classe e nuove forme risarcitorie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 63 ss.; RORDORF, *L’azione di classe nel novellato art. 140 bis cod. consumo: considerazioni [e qualche interrogativo]*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 187; e di recente, PONZANELLI, *La nuova class action*, in *Danno e responsabilità*, 2019, p. 308).

Un'attenuazione del fenomeno può derivare dall'uso delle sottoclassi, abituale nelle azioni di *common law*, ove si parla di *subclassing*. Proprio per salvaguardare la compattezza della lite e non giungere ad un coacervo informe di liti individuali, queste sono riaggregate attorno a più poli, a più sottoclassi omogenee che hanno qualcosa in comune e qualcosa no, ma entro una medesima e più lata cornice; la situazione-modello che "esce" dall'udienza-filtro si scompone e riarticola in più sotto-modelli, sicché l'istruttoria non sarà unica ma neppure polverizzata in tanti procedimenti paralleli.

Senonché nella vigenza della «2<sup>a</sup> edizione» consta un unico caso virtuoso ove il giudice ebbe a «fare» *subclassing*<sup>37</sup>, a riprova di come lo strumento, a distanza di dieci anni, sia ancora maneggiato con disagio nelle aule di giustizia e di come, verosimilmente, non basterà averne riformato ed allungato la disciplina con la riforma del 2019.

Tutti sanno, infatti, che è molto difficile curare le storture dell'"*opt-in*" e che l'unica *class action* funzionante è quella basata sulla classe chiusa o sull'"*opt-out*"<sup>38</sup>. Non a caso negli Stati Uniti la "*class action*" non è decollata fintantoché non s'è imposta l'automatica deduzione in giudizio di tutte le posizioni facenti capo ai membri della classe, capace di raggruppare i portatori di situazioni isomorfe, anziché quei pochi che di volta in volta decidano d'aderirvi<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Trib. Cagliari, 10 febbraio 2017, in *Giustizia civile.com*, 2017, con nota di DE DOMINICIS.

<sup>38</sup> Rilievo diffuso: per tutti, CHIARLONI, *Il nuovo articolo 140-bis del codice del consumo: una tutela debole*, in *Class action: il nuovo volto*, cit., p. 217 ss.; e ancora di recente, PONZANELLI, *La nuova class action*, cit., p. 308.

<sup>39</sup> Poiché è risaputo che l'inerzia del danneggiato è molto difficile da vincere e lo tiene lontano non solo dalle liti individuali ma anche da quelle collettive, i due modelli dell'*opt-out* e dell'*opt-in* si differenziano anzitutto sul piano quantitativo: l'uno dà vita a "grandi" azioni, perché tutti gli appartenenti a quella stessa cerchia di danneggiati, per il fatto di vantare posizioni conformi a quella dell'attore, attraggono automaticamente gli effetti del giudicato collettivo; l'altro dà vita a "piccole" azioni, perché l'estensione soggettiva del giudicato è tale da coprire solo gli aderenti, i quali saranno sempre una frazione minimale dell'intero (ancora TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano*, cit., p. 116 ss.). Già solo questo scarto quantitativo rende palese la preferibilità dell'*opt-out*: solo un grande processo aggregato restituisce davvero all'azione civile la sua efficacia riparatoria e deterrente, tutelando appieno la massa dei danneggiati, anziché quei pochi che decidano scientemente di parteciparvi (cfr., nella letteratura americana, sconfinata, MULHERON, *The case for an opt-out class action for european member states: a legal and empirical analysis*, in *15 Columbia Journal Eur. Law*, 2009, p. 409 ss.; e in prospettiva più ampia, KAHAN,

La versione statunitense conviene al membro della classe, che sotto la guida dell'attore esercita o «vede esercitata» la sua pretesa senza dover fare alcunché; non redige atti adesivi, non subisce eccezioni di controparte, non necessita d'assistenza difensiva, non sostiene spese di sorta, e tutto ciò per la semplice ragione che non compare personalmente in giudizio<sup>40</sup>. Essa conviene però anche al convenuto, che apprestando le sue difese contro l'attore, simultaneamente si difende da tutti i componenti la classe; al termine del giudizio, quale che ne sia l'esito, la partita sarà chiusa per sempre, non già nei confronti dell'attore e di quei pochi che abbiano aderito, ma di tutti gli appartenenti alla classe, ivi compresi quelli che non siano neppure consci del loro diritto; non c'è spazio per questioni personali, capaci di frammentare l'*iter* fino a renderlo guazzabuglio di liti singolari; non c'è spazio per un contenzioso di risulta, vale a dire per cause a due coltivate a margine o *a posteriori*. Tutto deve iniziare e finire in sede collettiva. Se è data la facoltà d'uscita, l'impresa potrà temere qualche azione individuale durante o dopo quella collettiva, ma i numeri saranno così bassi da non rappresentare una seria minaccia.

Questo si ripercuote sulla stessa transigibilità della lite di gruppo: in un sistema ad *opting-in* perché mai il convenuto dovrebbe accettare una transazione? Se dovesse transigere, il giorno dopo s'esporebbe ad una sequela di cause individuali, incoraggiate dalle sue concessioni in sede allargata. In un sistema *mandatory*, ove il membro della classe neppure vi può fuoriuscire, il contenzioso si chiude e per il convenuto ha senso pratico transigere, al punto che anzi bisogna diffidare da transazioni troppo "facili" e magari troppo profittevoli per il convenuto stesso. D'altra parte, si sa che negli Stati Uniti la maggior parte delle azioni certificate si chiude con l'*agreement* approvato dal giudice, mentre dal 2010 ad oggi in Italia ci sono state, a quanto consta, ben poche transazioni di classe. Di nuovo dati

*The logic of reciprocity: Trust, collective action, and law*, in *102 Michigan Law Rev.*, 2003, p. 71 ss.; in Italia, fra i molti, CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 629 ss.; e – sia consentito rinviare a – FERRANTE, *Opt-out ed incentivi d'oltreoceano: idee per una vera class action in Italia e in Europa*, in *Contratto e impresa Europa*, 2012, p. 487 ss.).

<sup>40</sup> Non a caso l'art. 23, "[a]", 4<sup>a</sup> proposizione, delle *Federal Rules of Civil Procedure* (Rule 26) prescrive che "*the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*" (in tema, BARRINGTON WOLFF, *Discretion in class certification*, in *Univ. Pennsylvania L. Rev.*, 2014, p. 1897 ss.; e nella dottrina italiana, fra i molti, PUNZI, *L'"azione di classe" a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 259-260; e PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140 bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 363).

incomparabili, ma che danno un ordine di grandezza.

V'è dell'altro. Per quanto possa stupire visti i fiumi di dollari che fa scorrere, la *class action* americana sul lungo periodo ha una sorta d'effetto-calmiere sui risarcimenti, anche quando non si chiuda con la composizione anticipata della lite, ovviamente in proporzione alle dimensioni ragguardevoli del contenzioso che smuove. Infatti, poiché i membri della classe sono assenti, la liquidazione del danno è necessariamente in astratto, improntata a criteri di probabilità statistica, e ciò che è probabile e medio, normalmente è anche prevedibile ed assicurabile, e s'attesta entro una soglia che non è di picco<sup>41</sup>. Forse che i tanto deprecati risarcimenti punitivi sono stati introdotti proprio perché, in loro mancanza, la somma posta a carico del convenuto risultava mediamente bassa? Inoltre, non solo la quantificazione ma anche l'assegnazione del risarcimento al *class representative* ha qualcosa d'astratto, perché la somma liquidata a carico del soccombente è sì prelevata dal patrimonio di questo, ma non immediatamente riversata in quello di altri; chiuso l'itinerario occorre distribuire il ricavato fra i membri della classe, i quali però sono assenti, ed è normale che una quota di costoro resti assente per sempre. La *class action* americana libera risorse che spesso trascendono le pretese concretamente avanzate dai membri della classe, la c.d. *take-up rate* (e allora viene spontaneo, per lo meno in Europa, pensare ad una loro destinazione alla mano pubblica).

Raramente accade che i membri della classe siano inaspettatamente numerosi e l'ammontare dei loro crediti oltrepassi il ricavato. In questo caso la ripartizione non potrà che essere concorsuale e proporzionale. Se il *class representative* e il giudice sottostimano l'ampiezza della classe e l'entità globale delle pretese, questo non potrà pregiudicare il convenuto, che si libera pagando la somma concordata in sede conciliativa o portata a suo carico dalla sentenza di condanna. Quasi un *cap* spontaneo, anziché fissato per legge.

Alfine si tratta di cose note e sufficienti per dire che l'azione americana resta un esempio cui guardare<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> GROSSFELD, *Risikobegrenzung!?*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2003, n. 8, p. I.

<sup>42</sup> Di tutto ciò pareva essere consapevole il legislatore europeo, almeno a giudicare già dal "Libro Verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori", COM (2008) 794 def., parr. 55-56 (in tema, VIGORITI, *L'azione risarcitoria di classe: sollecitazioni europee, resistenze italiane*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2009, p. 680 ss.; e ALPA, *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 380), ma gli sviluppi successivi del dibattito europeo denotano maggiore freddezza nei confronti del prototipo americano (basti pensare alla risoluzione del Parlamento UE n. <NoDocSe>A7-0012/2012, "<Titre>Verso un approccio europeo coerente in materia

### 5. Verso il superamento del diritto soggettivo nel processo di massa (c'è un interesse "punitivo" di classe?).

Divelte le restrizioni all'accesso, la nostra *class action* riformata rischia pur sempre di stentare, sotto la pretesa omogeneità dei diritti e l'adesione espressa dei membri della classe. Ma se dell'"*opt-in*" s'è appena detto – difficile curarne le storture, lontano il modello statunitense – il dilemma dell'omogeneità segnerà ogni prospettiva di successo (o di nuovo insuccesso) dell'azione<sup>43</sup>. La sua effettività dipende da una rivisitazione radicale del binomio *jus-actio* in una prospettiva, per noi inexplorata, «di massa», un cambio di mentalità che dovrà attraversare gradualmente diritto e processo. La sua riformulazione generalista, con la novella del 2019, varrà certamente a velocizzarne l'ambientamento e la capacità di trasformare il sistema, perché la "*class action*" – si sa – piano piano trasforma l'ordinamento dalle fondamenta. Ma diviene ancor più cruciale l'affinamento dei criteri d'assimilazione delle pretese individuali entro il canovaccio del rito allargato.

Come premesso dall'ottobre 2020 tutto il diritto privato deve fare i conti con l'azione di classe e l'azione di classe deve fare i conti con tutto il diritto privato. Ma un'azione (davvero) di classe contemporaneamente richiede e produce diritti di classe; difficile dire che cosa venga prima e che cosa dopo, ma non è possibile guardare al processo di massa con le lenti del rapporto a due o guardare ai rapporti a due con quelle del processo di massa. Questo è il problema di fondo, che è *de jure condito* e non *de jure condendo*, un uso alternativo del processo e del diritto<sup>44</sup>.

di ricorsi collettivi», </Titre> approvata in commissione giuridica il 12 gennaio 2012); parte della dottrina italiana condivide tali timori, come PONZANELLI, *I segnali della responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 2010, pp. 1230-1231; BELLINI, PONZANELLI, *I limiti delle class actions nell'esperienza nordamericana. Un monito per il legislatore italiano*, in GALGANO, VISINTINI (a cura di), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006, p. 337 ss.; e VALERINI, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano*, in Panizza, Romboli (a cura di), *Temi e questioni di attualità costituzionale*, Padova, 2000, p. 136 ss. Si sente dire in particolare che l'eventuale suo affermarsi nel contesto europeo costituirebbe l'ennesimo svantaggio competitivo per le imprese continentali o l'ennesimo disincentivo agli investimenti provenienti da Paesi *extra-UE*. Ma non risulta che l'economia-USA ne abbia sofferto o che la *class action* abbia reso quel mercato meno attraente.

<sup>43</sup> S'è tentata un'impostazione sostanziale dei problemi in FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., p. 208 ss.

<sup>44</sup> L'atavica tendenza a minimizzare l'azione, degradandola a mero rito speciale, sullo stesso piano dei molti riti noti al processo contemporaneo, è stata contrastata con vigore

Se il vaglio d'omogeneità si riduce, come accaduto finora, ad un raffronto su scala «1:1» tra il diritto soggettivo perfetto dell'attore e quello parimenti perfetto di ciascun aderente, alla ricerca di tratti comuni sufficienti all'instaurazione congiunta della lite – e se poi, in aggiunta, si chiede a tutti i portatori di quei diritti d'intraprendere un'adesione espressa –, la lite di classe non sarà mai veramente di classe. E allora qual è il senso ultimo della “commonality” o dell'omogeneità (impropriamente detta), un senso che l'“opting-out” esalta ma l'“opting-in” non nega? La situazione-modello (impropriamente omogenea) spetta alla classe come tale, non a questo o quel membro individualmente inteso<sup>45</sup>.

L'omogeneità dei diritti individuali, se malintesa, può condurre ad una valutazione comparativa fra situazioni soggettive singole – che cosa hanno in comune? Che cosa le separa? –, mentre l'azione di classe richiede e produce una situazione-modello che, a rigore, non è né omogenea né disomogenea rispetto a qualcos'altro, ma è semplicemente imputabile alla classe come tale.

Proponenti e aderenti fruiscono dell'azione allargata non perché le rispettive situazioni soggettive siano *tout court* identificabili o sovrapponibili, ma perché le loro domande presentano lineamenti utili ad una trattazione e decisione congiunte. La comunanza cui è subordinato l'accesso al rimedio implica l'emarginazione delle questioni strettamente individuali e la convergenza su quelle di classe<sup>46</sup>. Ne discende che la posizione *sub judice* non preesiste all'azione ma è un prodotto di questa: proponente e giudice vi danno forma rispettivamente con la citazione e con l'ordinanza ammissiva (anzi, per essere più precisi, la citazione fornisce come una bozza, ma è solo l'ordinanza a creare il diritto tutelabile col nuovo rito)<sup>47</sup>.

proprio dalla dottrina processual-comparatistica italiana: CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989, p. 268 ss.; ma già Id., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti la giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 361 ss.

<sup>45</sup> Qualche barlume in App. Milano, 26 agosto 2013, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1319 ss., con nota di chi scrive, ove si narra di un diritto omogeneo di classe, ma in modo quasi allusivo, verboso anziché concettuale.

<sup>46</sup> Per tutti, in direzione sostanzialmente convergente, TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano*, cit., p. 115; Pagni, *L'azione di classe*, cit., p. 356 ss.; e DONZELLI, *L'azione di classe*, cit., p. 257.

<sup>47</sup> Un protagonismo giudiziario che, abituale nella *Common Law*, resta piuttosto lontano dalla mentalità e dalla prassi del giudice continentale, il cui *modus operandi*, anche a causa dei carichi di lavoro, va sempre più inaridendosi e burocratizzandosi. Vi contribuisce – o ne consegue – una qualche percepita neutralità o indifferenza del rito, quasi il modello processuale divenisse un “velo» (AULETTA, *L'effettività nel processo*, in S.

Ne discende inoltre che, trattandosi di una situazione-modello che come tale non fa capo ad alcuno ma è sufficiente all'uso del rimedio, la tutela ottenibile da ciascun membro della classe, se raffrontata a quella ricavabile in sede individuale, è generalmente inesatta: qualche danneggiato potrebbe conseguire «di più», qualcun altro «di meno», con una *fluid recovery* che valica il principio di specularità perfetta fra danno e risarcimento (e sul lungo periodo potrebbe segnare l'accantonamento di quel principio nell'area del nuovo rito)<sup>48</sup>. È il prezzo dell'effettività, ove il processo a due, volto ad una tutela esatta, lascia ingenti porzioni di contenzioso nel sommerso.

La compensazione fluida non è punitiva<sup>49</sup>. Al contrario essa è per lo più calmierante, perché l'approssimazione non si pratica spingendo i livelli ai loro picchi, ma tenendo un parametro medio che rifugge per definizione da qualsiasi pretesa sanzionatoria. Una *class action* ben oliata stempera ed accomoda sui grandi numeri la quantificazione del danno. Forse l'impresa preferirebbe fronteggiare poche o pochissime liti individuali, ma è intuitivo come un'unica azione di classe

GRISI [a cura di], *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, p. 52; ma già DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 7).

<sup>48</sup> Emblematica l'idea del non patrimoniale di classe, come ad es. in Cass., 31 maggio 2019, n. 14886 (non priva di qualche archetipo nella giurisprudenza di merito, come in App. Roma, [ord.] 27 gennaio 2012, inedita, a quanto consta; App. Torino, [ord.] 26 gennaio 2012, anch'essa inedita, sempre a quanto consta, ove si dice: “Non rileva, dunque, in concreto, [...] la qualità o quantità del pregiudizio patrimoniale affermato, né pare corretto escludere *a priori* l'esperibilità dell'azione di classe a tutela dei diritti non patrimoniali, per definizione personali, non avendo il legislatore posto alcun distinguo in merito alla natura del danno tutelabile»; e infine, ma *obiter*, App. Torino, [ord.] 25 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3530 ss., con nota di DE SANTIS, in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, p. 502 ss., con nota di LIBERTINI e MAUGERI, in *Corriere giur.*, 2011, p. 525 ss., con nota di ZUFFI, in *Danno e resp.*, 2011, p. 71 ss., con nota di FRATA; e commentata anche da POLI, *Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 38 ss.). Quanto alla dottrina cfr., in senso sostanzialmente affermativo e pur con molte sfaccettature, CAPONI, *Il nuovo volto*, cit., c. 388; CONSOLO, ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis*, cit., p. 90 ss., in particolare nota 39; LIBERTINI, *Pratiche commerciali scorrette e azione di classe*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, pp. 159-160; SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, in particolare p. 511 ss.; in breve, G. ALPA, *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 391; e SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazioni sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 518 ss. e in particolare p. 528.

<sup>49</sup> Di recente, DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, Padova, 2019, p. 233 ss.

minacci esborsi comunque più bassi di quanto non conseguirebbe alla ripetuta soccombenza in sede individuale, allorché una quota significativa di azioni singole fosse intrapresa. Se invece per punitività s'intende maggiore effettività, allora sì, la *class action* è sicuramente «punitiva»<sup>50</sup>.

Insomma, la tutela ha qui ad oggetto una situazione-modello che, prodotta dal rito e solo approssimativamente riferibile a ciascun membro, spetta in realtà alla classe come tale. È un risultato che implica l'abbandono o la rivisitazione di tutto l'armamentario classico del processo civile, e stimola un graduale ripensamento dello stesso diritto sostanziale, destinato a massificarsi tanto quanto il rito, non appena l'istituto si sarà fatto meno rado nella pratica. Ha qualche punto di contatto con quello che negli Stati Uniti è detto *Class Action-Respecting Canon*, e che da noi potrebbe rileggersi, allusivamente, come bisogno di un approccio interpretativo che ritagli per l'istituto uno spazio suo, anziché pretendere di forzarlo nelle pieghe del già noto<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Verrebbe da citare, ovviamente, Cass., 5 luglio 2017, n. 16601, che ha enunciato con enfasi la polifunzionalità della responsabilità civile e una sorta di benessere ai risarcimenti punitivi, pur nel quadro di un procedimento di delibazione di una sentenza straniera (sul punto, fra i molti, DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie*, cit., p. 31 ss.; DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 1142 ss.; LASSO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, 2018, p. 26 ss.; MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, 2017, *passim*; MONATERI, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1410 ss.; e in chiave internazional-privatistica, PERLINGIERI - ZANNA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 166 ss.). Ma il precedente non è in termini, nel senso che la *class action* non implica di per sé alcuna valenza punitiva della sentenza di condanna, né impone che ad essa s'unisca la statuizione di risarcimenti ultracompensativi (GALGANO, *Prefazione*, cit., pp. 2-3; e GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 239 ss.); e comunque, a dispetto di quanto asserito dalla Suprema Corte con la citata sentenza, non spetta necessariamente al legislatore fissare una volta per tutte le funzioni della responsabilità civile, se non altro perché, in fin dei conti, queste funzioni dipendono dal *quantum*, cosa che sfugge a qualsiasi tipizzazione o precomprensione legale (in tema, fra gli altri, BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 222 ss. e in particolare p. 230 ss.; DI MAJO, *Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1314 ss.; e MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 92 ss.).

<sup>51</sup> Su come la *class action* possa contribuire a riplasmare il diritto sostanziale, la letteratura anglo-americana è davvero sterminata: fra i molti, HANDLER, *The shift from substantive to procedural innovations in antitrust suits: the twentythird annual antitrust*

L'azione di classe, per funzionare, al tempo stesso richiederà e favorirà il superamento del diritto e del rapporto soggettivi, emblemi "stanchi" della modernità<sup>52</sup>, per abbracciare la logica di un diritto e di un processo massificati<sup>53</sup>. Questa

*review*, in 71 *Col. Law Rev.*, 1971, p. 5 ss.; SIMON, *Class actions: useful tool or engine of destruction*, in 55 *Federal Rules Decisions*, 1973, p. 375 ss.; PRIEST, *Procedural Versus Substantive Controls of Mass Tort Class Actions*, in 26 *Jour. Legal Stud.*, 1997, p. 521 ss.; NAGAREDA, *The Preexistence Principle and the Structure of the Class Action*, in 103 *Col. Law Rev.*, 2003, p. 149 ss. e in particolare p. 181; MOLLER, *Class Action Law Making: An administrative Law Model*, in 11 *Texas Rev. Law & Pol.*, 2007, p. 41 ss. e specialmente p. 46 ss.; LANDSMAN-ROOS, *Front-End Fiduciaries: Precertification Duties and Class Conflict*, in 65 *Stanford Law Review*, 2013, p. 817 ss.; nella nostra dottrina, per tutti, GIUSSANI, *Studi sulle "class actions"*, cit., p. 155 ss.; e FRIGNANI - VIRANO, *La class action nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. econ. assic.*, 2009, p. 26 ss.

<sup>52</sup> Quasi una mistica del diritto soggettivo: cfr., per citare due scritti pressoché coevi ma molto distanti tra loro, CESARINI SFORZA, voce *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 659 ss.; e ROSS, *Diritto e giustizia*, a cura di GAVAZZI, Torino, (rist.) 1990, p. 160 ss. (l'ed. originale è del 1958); ma in merito al "realistico" superamento della proprietà occorrerebbe rimeditare, *in primis*, LLEWELLYN, *Through Title to Contract and a Bit Beyond*, in *Law: A Century of Progress*, III, New York, 1937, p. 80 ss.; Id., *Across Sales on Horseback*, in *Harvard Law Rev.*, 1939, p. 725 ss.; e ancora Id., *The First Struggle to Unhorse Sales*, *ibidem*, p. 873 ss.; e per una recente rimeditazione critica, RUPERTO, *La dinamica giuridica*, Torino, 2019, p. 80 ss.

<sup>53</sup> Il diritto privato s'è già ampiamente massificato e si tratta solo di prenderne atto, a fronte di un nuovo modello di processo che ne esalta ulteriormente la massificazione. Solo due esempi, qui appena enunciati ma facilmente comprovabili: nella materia contrattuale, il deperimento dei vizi del volere e delle relative tutele e loro sostituzione col paradigma della trasparenza – chiarezza e comprensibilità o chiarezza ed esaustività – presidiata in primo luogo dall'interpretazione contro l'autore della clausola *ex artt.* 1370 c.c. e 35, co. 2, c.cons. (poderoso K. KOSCHE, *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law*, Tübingen, 2011, *passim*; in Italia, fra i molti, RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore" [la novella al codice civile]*, Napoli, 1997, p. 51 ss.; DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, p. 81 ss.; MORELATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 2005, p. 592 ss.; Id., *Nuovi requisiti di forma del contratto*, Padova, 2006, *passim* ma in particolare p. 38 ss.; P. GAGGERO, *Trasparenza del contratto e rimedi di autotutela*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, p. 461 ss. e in particolare p. 489 ss.; in breve GENTILI, *Senso e consenso*, Torino, 2015, p. 606); nella materia extracontrattuale, il trionfo giurisprudenziale della prova probabilistica del nesso causale, del "più probabile che non", e delle presunzioni legali che talora semplificano accertamento e quantificazione del danno in un'ottica statistica anziché personalizzata (vi si soffermano, tra gli altri, RIZZO, *La causalità civile*, Torino, 2022, *passim* ma in particolare p. 227 ss.; e D FRENDA, *Il danno da perdita di chances tra le ragioni della vittima e le regole*

visione olistica, implicita nell'esperienza americana, è per noi indigesta<sup>54</sup>; inutile negarlo<sup>55</sup>. Ma è ancor meno utile negare la visione in sé ed affermare che un diritto azionato tramite *class action* resti uguale ad uno azionato in sede individuale.

L'omogeneità dei diritti, confermata dall'art. 840-*bis* c.p.c., non è dunque una "vera" clausola generale, come la buona fede o l'ingiustizia del danno, né un precetto elastico come la diligenza<sup>56</sup>, ma un predicato (atecnico) della posizione tutelabile, che non è più soggettiva ma omogenea, e perciò stesso di classe. Così intesa, l'omogeneità del diritto azionato nel processo di classe potrebbe restituire una rinnovata ed effettiva forma di controllo dei poteri privati, al servizio della collettività tutta, fatta di consumatori e no.

### 6. Un'appendice sull'azione rappresentativa a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (nuovi artt. 140-*ter* ss. c. cons.).

La conclusione non cambia di molto quando si ponga mente all'ultima novità, vale a dire all'azione rappresentativa ricomparsa nel codice di settore con gli artt. 140-*ter* ss. c.cons. All'esito di un percorso legislativo che trova avvio nel diritto europeo, vale a dire nella Dir. 1828/2020/UE, dopo lunghi dibattiti nelle più svariate sedi<sup>57</sup>, ricompare nel codice del consumo un'azione collettiva dedicata al consumatore e al suo bisogno di protezione (anche transfrontaliera) dinanzi alle storture e deficienze del mercato. Ecco che, mentre la nota *class action* piano piano si posiziona nel nuovo *habitat* del codice di procedura, altra azione riaffiora nel codice di settore e ripristina strettoie che la «sorella maggiore» aveva lentamente oltrepassato (non ultima la "stretta" sulle materie coperte di cui al nuovo Allegato

*del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1325 ss.; ma la letteratura è davvero molta). D'altro canto, il giudice "di classe" è espressamente autorizzato dall'art. 840-*quinquies*, co. 4, c.p.c. ad "avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici", norma dal chiaro sapore *antitrust*.

<sup>54</sup> Sempre suggestivo ANGELICI, "Consegna" e "proprietà" nella vendita internazionale, Milano, 1979, p. 43 ss. (ed *ivi* ampia bibliografia).

<sup>55</sup> Ci costringe ad ammettere l'insufficienza delle politiche pubbliche, cosa che per l'osservatore continentale è sempre spiacevole: FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., p. 26 ss.

<sup>56</sup> Nella sterminata letteratura, di recente, S. PATTI, *Il giudice e le clausole generali*, in RICCI (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2018, p. 119 ss.; e VELLUZZI, *L'interprete e le clausole generali*, *ibidem*, p. 135 ss.

<sup>57</sup> Per un *resumé* del lavoro europeo e del dibattito che ne è seguito cfr., fra gli altri, RUMINE, *Natura e forme civilistiche di tutela degli interessi collettivi*, cit., p. 214 ss.

II-*septies* c.cons., materie tutte di rilievo consumeristico, ma tali da non saturare certamente il quadro complessivo). Questa volta si tratta di un'azione rappresentativa, rimessa a soggetti bisognosi di una legittimazione attiva certificata (artt. 140-*quater* e 140-*quinquies* c.cons.), e calibrata espressamente sugli interessi collettivi dei consumatori (già ricomparsi col «cresci-Italia» nel previgente art. 140-*bis*, co. 1, c.cons., ma poi scomparsi nel nuovo art. 840-*bis* ss. c.p.c.)<sup>58</sup>.

Prematuro e ozioso sembra commentare, in questa fase, il senso ultimo del «doppione», ammesso che un senso lo abbia veramente. Da un lato viene semplice censurare, ancora una volta, il difetto di coordinamento o lo strabismo di un legislatore interno che, non potendo o non volendo fare di più, si limita a travasare nuove forme processuali nel recipiente più comodo, il codice del consumo, pressoché immemore di strumenti già presenti altrove. Dall'altro lato, però, viene semplice ribadire che attuare il diritto europeo in misura espansiva, unificando gli istituti e amalgamando i rimedi, non va indenne da criticità: l'interpretazione europeisticamente orientata, svolta «a valle» del precetto, vale finché vale il diritto europeo «a monte», ma se la norma da interpretare è più lata, vi sarà un'area ove quell'interpretazione non è doverosa; la Corte UE ha il monopolio finale sull'interpretazione del diritto europeo, ma non su norme che, per quanto ispiratesi ad esso, non ne costituiscono un'attuazione in senso tecnico. Se dunque quest'attuazione è sovra-obbligatoria, residua una zona grigia ove l'interpretazione conforme è possibile ma non doverosa, l'applicazione delle sentenze della Corte opzionale ma non vincolante (e si rischia il decadimento nella questione di gusto, nella diafrasi tra interpreti e decisori filoeuropeisti ed altri agnostici, se non ostili, dinanzi al diritto di provenienza europea)<sup>59</sup>. Qualcosa di spiacevole sarebbe certamente accaduto anche all'atto di trasformare la Dir. 1828/2020/UE in diritto nazionale-derivato, se il nostro legislatore avesse tentato una crasi fra vecchia e nuova disciplina, fra codice di procedura e codice di settore.

<sup>58</sup> Resta opaco il perché di queste repentine comparizione e sparizione, e forse neppure cruciale: ancora RUMINE, *Natura e forme civilistiche di tutela degli interessi collettivi*, cit., p. 235 ss.

<sup>59</sup> Il discorso, ovviamente, ha trovato sensibile soprattutto l'interprete tedesco, aduso ad attuazioni espansive del diritto dell'Unione, ma neppure in Germania è stato coltivato a dovere: cfr. JÄGER, *Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht*, Baden-Baden, 2006, in particolare p. 96 ss.; in breve, BASEDOW, *Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht*, in *Arch. civ. Prax.*, 2010, p. 157 ss.; e con riferimento più particolare alla vendita, WAGNER, *Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?*, in *ZEuP*, 2016, p. 87 ss.

Ecco che il “doppione” pare da un lato censurabile, dall’altro quasi benefico. Certamente non passa inosservato, esprime una diseconomia di mezzi giuridici e rischia d’intrappolare l’interesse di classe nell’abbondanza (apparente) dei procedimenti. In ogni caso, che sia attore in una *class action* o sostituito dall’ente nel nuovo *format* di azione rappresentativa – «senza bisogno di mandato», dice l’art. 140-*septies*, co. 1, c.cons. – il portatore dell’interesse è latamente occasionale, giacché, scelto lo strumento, quell’interesse è della classe prima che del “*class member*”. Il provvedimento di tutela inibitoria o compensativa non protegge il diritto soggettivo o diritti omogenei, ma l’interesse di classe *tout court*.

Di nuovo si crea, in prospettiva, il circolo virtuoso tipico dell’azione statunitense: pretese facilmente aggregabili in giudizio lasciano meglio cogliere l’interesse di classe, lo standard «entra» bene nel rito di gruppo, ma un interesse ripetutamente difeso in sede allargata a sua volta si raffina fino a staccarsi, anche nella percezione comune, dalla base ideologica del diritto soggettivo. Il processo di massa, piccolo o grande che sia, predilige segmenti replicabili del diritto sostanziale – questo sì –, ma poi li rilancia e tende a massificare via via le zone circostanti, così aumentando l’area del massificato.

Per fare qualche esempio, è facile prevedere che la giurisprudenza chiamata a formarsi nelle azioni collettive giunga gradatamente a modificare e commisurare all’interesse di classe la nozione di consumatore, il danno non patrimoniale e lo stesso nesso di causalità: è inevitabile che l’interesse di classe agisca piano piano dall’interno, normalizzando la qualità di consumatore *ex art. 3 (e 140-ter, co. 1, lett. «a»), c.cons.*) entro tracce reiterabili – un consumatore “prevalente”? – limando quel *quid* di non patrimoniale mai standardizzabile, o imponendo un accertamento statistico-probabilistico del nesso causa-effetto, anche solo perché deliberato con riferimento a gruppi anziché *singulatim*.

Ne dà recente conferma l’art. 140-*septies*, co. 8, lett. «b)», c. cons., quando dichiara inammissibile quella domanda collettiva che sia «priva degli elementi necessari ad individuare il gruppo dei consumatori interessati dall’azione»: il gruppo dei consumatori è compattato dall’interesse, è l’interesse del gruppo prima che dei singoli; sbaglia quell’attore esponenziale che, nello scrivere il ricorso, non sappia cogliere unicità e unitarietà dell’interesse.

Nell’affastellarsi dei riti e nella dovizia delle forme, poco o nulla potrà funzionare finché non s’abbandoni l’uso d’osservare la giustizia collettiva con le lenti del processo a due, o l’uso d’irregimentare l’interesse di classe entro lo stereotipo dei diritti soggettivi identici od omogenei. Finché non sarà affrontato e sciolto questo nodo, che è culturale e quasi ancestrale, le nuove forme di processo non potranno spiccare il volo.

## CONCLUSIONI

Claudio Carlo Viazzi \*

Siamo alla fine di questo splendido convegno che meglio, io credo, non poteva onorare Giovanna Visentini e la sua prestigiosa carriera accademica. Lo dimostrano la quantità e qualità degli studiosi che hanno partecipato a questi due giorni di intenso dibattito e confronto da lei richiamati e accorsi nel comune intento di dare il massimo di sé per rendere questo incontro un momento altissimo di riflessione scientifica su un tema cruciale del diritto civile, allorché l’ordinamento si esprime attraverso principi aperti e indeterminati (che tali sono le clausole generali) e dunque si apre ad un particolare suo processo applicativo che ieri ben richiamava Giovanna nelle sue dense parole introduttive ricordando due indimenticabili maestri quali sono stati per molti di noi qui presenti, cioè Giovanni Tarello e Stefano Rodotà: un convegno che si è così sviluppato interamente sul diritto applicato nel concreto, in un costante esercizio di realismo giuridico, ancora una volta contrapposto all’astrattezza della scienza giuridica tradizionale.

È forse è proprio per questa curvatura casistica (che G. Visentini ha sempre meritoriamente coltivato e che stamane ha ben ricordato A. Ciatti parlando del necessario dialogo con la giurisprudenza), curvatura che colloca al centro della tematica delle clausole generali il giudice, che sono stato chiamato a svolgere le conclusioni. Una persona che ha scelto come professione proprio quella di applicatore del diritto e che ha sempre coltivato l’interesse tenace di indagare (e cercando di contribuire tante volte alla loro realizzazione) le operazioni ermeneutiche e sovente anche paranormative che i giudici hanno posto in essere nei settori (dal diritto del lavoro alla responsabilità civile) di cui mi sono sempre occupato e che sempre hanno collocato al centro la questione, o meglio, la tensione del rapporto legge-giudice che proprio sul terreno delle clausole generali

\* Presidente emerito del Tribunale di Genova.