

ANGELO DANILO DE SANTIS

Il procedimento.

SOMMARIO – Si analizzano i tratti salienti del nuovo processo di classe, regolato dalle norme del rito sommario di cognizione e contraddistinto dalla previsione di una fase di filtro di inammissibilità legata a quattro motivi specifici. Il contributo parte dai profili problematici in tema di legittimazione, legati ad una nuova forma di azione volta all'accertamento di questioni comuni, che non ha precedenti nel nostro ordinamento, e si sofferma sulle regole dettate in tema di giurisdizione e competenza, connessione di cause, funzionamento del nuovo modello di processo sommario, giudizio di inammissibilità e rimedi, trattazione, istruzione e decisione.

1. Premessa. Sulla falsariga dell'art. 140 *bis* c. cons., anche per la nuova azione di classe ex l. 31/19, il processo è strutturato secondo un modello *one to one*, con riproposizione del divieto di intervento di terzi ex art. 105 c.p.c.; le forme individuate dal legislatore sono quelle del sommario di cognizione ex art. 702 *bis* e ss. c.p.c., per l'occasione con alcune varianti che lo rendono *sui generis*, e si articola in tre fasi: la prima è destinata alla verifica dell'ammissibilità della domanda e alla definizione, con ordinanza reclamabile dinanzi alla corte d'appello, delle caratteristiche dei diritti dei potenziali aderenti, nonché alla apertura della prima fase di adesione; la seconda, eventuale, è destinata all'accertamento della responsabilità, è caratterizzata dal ricorso a tecniche di agevolazione del raggiungimento della prova dei fatti e si conclude con una sentenza che, se di accoglimento, liquida il risarcimento del danno e/o le restituzioni nei confronti del proponente (salvo che non si tratti di un ente esponenziale) e accerta le caratteristiche dei diritti dei soggetti aderenti e di coloro che potranno aderire in seguito; la terza è destinata alle adesioni di tutti coloro i quali hanno preferito aspettare l'esito favorevole del giudizio, anziché scommettervi aderendo immediatamente dopo l'ordinanza di ammissibilità, è gestita da un giudice delegato che accerta, nel contraddittorio con il convenuto, la fondatezza delle pretese degli aderenti e, attraverso un piano di riparto predisposto da un rappresentante comune della classe, provvede alla liquidazione individuale in favore di ciascun avente diritto.

È regolata espressamente la possibile sorte del processo di classe, nel caso in cui, dopo la declaratoria di ammissibilità, nel corso del processo intervenga tra proponente (e non tutti gli aderenti) e convenuto una conciliazione (art. 840 *bis*, ult. comma).

Sono previste idonee forme di pubblicità (sul portale del Ministero della giustizia) per l'atto introduttivo (che è un ricorso), per l'ordinanza che conclude la fase di ammissibilità e per la sentenza che chiude il giudizio di cognizione.

È disciplinata l'efficacia preclusiva dell'ordinanza che dichiara la manifesta infondatezza della domanda così come il concorso con altre azioni di classe.

È fatto salvo l'esercizio dell'azione individuale, che è un *proprium* alla tecnica dell'*opt-in*.

È riproposta la forma di sospensione facoltativa per contemporanea pendenza di un procedimento amministrativo dinanzi ad un'autorità indipendente o al giudice amministrativo.

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

È introdotto un articolato sistema di sanzioni premiali e punitive volte a garantire a) le *chances* di accertamento dei fatti nell'ambito di controversie contraddistinte da squilibrio informativo e lontananza (oltre che vicinanza) dalla prova; b) l'incentivo economico all'uso dell'azione di classe.

2. *Azione e legittimazione.* Di notevole rilievo, rispetto al modello della *class action* consumeristica, è la coesistenza di due diverse forme di tutela: la domanda, che dovrebbe pur sempre avere ad oggetto i diritti individuali omogenei dei componenti della classe, potrà essere proposta vuoi da un *class member*, vuoi da «un'organizzazione o un'associazione senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela dei predetti diritti», a condizione che possa vantare l'iscrizione in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia.

Il nuovo art. 196 *ter* disp. att. c.p.c., introdotto dall'art. 2 della l. 31/2019, attribuisce al Ministero della Giustizia, di concerto con il Ministero dello Sviluppo Economico, (e quindi circa sei mesi prima della entrata in vigore, prevista per il 19 aprile 2020) il compito di stabilire i requisiti per l'iscrizione nell'elenco, i criteri per la sospensione e la cancellazione delle organizzazioni e associazioni iscritte, nonché il contributo dovuto ai fini dell'iscrizione e del mantenimento della stessa (per condivisibili critiche della scelta di subordinare al pagamento di un contributo economico il riconoscimento della legittimazione ad agire, v. C. CONSOLO, *Nuove prospettive per una azione di classe (di terzo, miglior?, conio)?*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. proc.*, il cui dattiloscritto è stato consultato per gentile concessione dell'Autore).

La legittimazione a contraddire è riconosciuta ad imprese o gestori di pubblici servizi o di servizi pubblica utilità «relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività».

Il processo potrà quindi avere ad oggetto:

a) la tutela risarcitoria o restitutoria di un diritto soggettivo, azionato da un titolare che ne afferma l'omogeneità rispetto ad una classe da definire, ovvero

b) l'accertamento della responsabilità del convenuto, basato sulla affermata esistenza di questioni comuni quali l'illiceità della condotta, la responsabilità, il nesso causale tra illecito e danno e l'entità potenziale dei danni prodotti, senza conseguire l'effetto della reintegrazione patrimoniale nei confronti dei singoli aventi diritto.

Nel primo caso ad agire sarà un *class member* (non necessariamente una persona fisica, ma qualunque soggetto di diritto che si affermi titolare di un diritto soggettivo al risarcimento del danno o alle restituzioni derivante da un illecito plurioffensivo, stante lo svincolo della nuova azione di classe dalla *sedes* consumeristica), mentre, nel secondo, l'azione sarà esercitata da un'organizzazione o da un'associazione iscritta nell'elenco.

Sembrerebbe quindi che il legislatore abbia voluto riconoscere la possibilità che tali questioni vengano accertate non *incidenter tantum*, ma con efficacia di giudicato (sul punto, v. D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle fattispecie preliminari*, Torino, 2008, 118 ss.).

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

Il modello più prossimo appare quello del *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, e, in ogni caso, occorrerà delineare una nuova forma di interesse ad agire, da riconoscere in capo agli enti esponenziali legittimati *per tabulas*.

Il fatto che, in dieci anni di applicazione dell'art. 140 *bis* c. cons., la pratica applicazione abbia fatto emergere una certa confusione tra legittimazione ad agire dei singoli e delle associazioni, rimedi conseguibili e diverse forme di tutela (cfr. Trib. Parma 30 luglio 2015, *Foro it.*, Rep. 2015, voce *Consumatori e utenti*, n. 26; Trib. Milano 9 dicembre 2013, *id.*, 2014, I, 590), nonché una generale tendenza delle associazioni consumeristiche a mal gestire il conferimento della rappresentanza processuale da parte dell'attore (si rinvia a A.D. DE SANTIS, *L'azione di classe a dieci anni dalla sua entrata in vigore*, *id.*, 2019, I, ...) e che anche la Cassazione sia stata tratta in inganno, seppur con una decisione fortunatamente rimasta isolata (Cass. 18 agosto 2011, n. 17351, *id.*, 2012, I, 2304, con commento di A.D. DE SANTIS, *Brevi osservazioni sull'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe e sulle nuove frontiere della tutela collettiva (inibitoria e risarcitoria) dei consumatori*), non appare tranquillizzante in ordine alla opportunità della scelta legislativa.

3. *L'applicabilità ad illeciti commessi successivamente all'entrata in vigore della l. 31/19*. Il nuovo procedimento di classe (al pari dell'inibitoria) si applicherà soltanto alle azioni promosse rispetto ad illeciti commessi successivamente alla sua entrata in vigore. Si riproporranno dunque le questioni fronteggiate già con riferimento all'art. 140 *bis* c. cons. con riferimento ad illeciti commessi nell'ambito di rapporti di durata (si rinvia, per riferimenti, a A.D. DE SANTIS, *L'azione di classe a dieci anni dalla sua entrata in vigore*, *cit.*, ...), ma con un'ulteriore profilo critico di non secondario momento.

Infatti, dal momento della entrata in vigore della nuova disciplina, saranno abrogate le disposizioni che regolano l'azione inibitoria di atti e comportamenti lesivi dei diritti dei consumatori (art. 139 e 140 c. cons.) e l'azione di classe risarcitoria (art. 140 *bis* c. cons.)

Per gli illeciti in materia consumeristica commessi prima dell'entrata in vigore della l. 31/2019, ma non ancora azionati alla stessa data, l'ordinamento non garantirà, dunque, alcuno strumento di tutela collettiva (con l'eccezione della inibitoria di clausole abusive *ex* art. 37 cod. cons., che sopravvive alla l. 31/2019, ma che, abrogato l'art. 140 cod. cons. cui espressamente rinvia, perde la sua colonna portante), riportando così le lancette dell'orologio indietro ad un tempo anteriore addirittura alla entrata in vigore della l. 281/1998 (che, all'art. 3, prevede per la prima volta l'inibitoria collettiva di atti e comportamenti lesivi di diritti ed interessi dei consumatori)

4. *Giurisdizione e competenza*. Con riferimento alla giurisdizione, non ci sono regole *ad hoc*, ma l'art. 840 *bis* espressamente fa salve le disposizioni in materia di ricorso per l'efficienza della pubblica amministrazione di cui al d.leg. 20 dicembre 2009, n. 198 (c.d. *class action* pubblica), che è devoluto alla giurisdizione amministrativa.

La previsione secondo cui l'azione si propone dinanzi alle sezioni specializzate in materia di impresa potrebbe lasciar supporre che la giurisdizione vada sempre riconosciuta al giudice ordinario, anche a mente di quanto sancito da Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204 (*id.*, 2004, I, 2594).

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

Sembra però più probabile che, se la controversia dovesse rientrare tra quelle soggette alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, la tutela dei relativi diritti non possa essere trattata con le forme dell'azione di classe.

Quanto ai profili di transnazionalità dell'azione, si pone il problema di conciliare i criteri volti al radicamento della giurisdizione con il criterio di competenza interno dettato dall'art. 840 *ter* c.p.c. che parrebbe – a mente dell'espressione «esclusivamente davanti alla sezione specializzata in materia di impresa competente per il luogo ove ha sede la parte resistente» – di natura inderogabile. Sembra ragionevole ritenere che la giurisdizione italiana sussisterà se, pur priva di sede in Italia, l'azione sia esercitata verso un'impresa per illeciti commessi in Italia (o, comunque, rispetto ai quali i criteri del regolamento conducono al riconoscimento della giurisdizione italiana); l'identificazione della sezione specializzata competente, stante l'impossibilità di individuarla tramite la «sede» del resistente, dovrebbe avvenire coniugando le indicazioni che volta per volta il regolamento 1215/2012 individua con quelle degli art. 18 e ss. c.p.c.

Infine, la scelta del legislatore di attribuire la competenza ad una (quella nel cui territorio ha sede il resistente) tra le ventuno sezioni specializzate in materia di impresa, alle quali si sono aggiunte quelle istituite presso il Tribunale e la Corte di appello di Brescia, di Bolzano (sezione distaccata) e di Catania, appare ragionevole: per un verso, la previsione secondo cui «restano ferme le disposizioni del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3», lascia intendere che, in materia di illeciti antitrust, continueranno ad applicarsi le regole speciali di competenza dettate in materia di *antitrust private enforcement*; per l'altro, la recente rimessione alle sezioni unite della Corte di cassazione della questione se il rapporto tra le sezioni ordinarie e le specializzate in materia d'impresa dello stesso tribunale debba configurarsi in termini di competenza ovvero di mera ripartizione interna degli affari giurisdizionali (Cass. 30 gennaio 2019, n. 2723, *id.*, 2019, I, 1226), abilita a sperare in una definitiva ed affidabile soluzione interpretativa.

5. *Il rito sommario.* Il rito sommario coniato *ad hoc* per la nuova azione di classe consente di ritenere applicabili le regole degli art. 702 *bis* e ss. c.p.c.

La trattazione sarà collegiale, il che non costituisce una novità, alla luce delle diverse varianti di rito sommario di cognizione contenute nel d. leg. 150/11, e il processo si concluderà con sentenza, anziché con ordinanza (il che dovrebbe rilevare soltanto ai fini della valutazione di produttività dei magistrati).

È ragionevole prevedere che, con riferimento alle difese del convenuto, ed in particolare con riguardo alla chiamata del terzo, si porranno i medesimi dubbi già sorti con riguardo alla azione di classe consumeristica (cfr. Trib. Napoli, decr., 31 maggio 2010, *id.*, Rep. 2011, voce *Consumatori e utenti*, n. 87 e *Giusto processo civ.*, 2010, 815 e *Corriere giur.*, 2010, p. 985, con commento di G. COSTANTINO e C. CONSOLO, nonché www.judicium.it, con commento di S. MENCHINI).

Inoltre, non è chiaro se l'eventuale domanda riconvenzionale del convenuto che non rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 702 *bis* c.p.c. possa andar incontro alle conseguenze dettate dall'art. 702 *ter* c.p.c., consistenti nell'inammissibilità o nella separazione dalla principale, a seconda dei casi.

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

Occorre tener conto del fatto che, con l'abrogazione degli art. 139, 140 e 140 *bis* c. cons. deve considerarsi destinata a venir meno l'esclusione dell'operatività della condizione di procedibilità dell'art. 5, comma 1 *bis*, ult. periodo, d. leg. 28/2010; inoltre, in mancanza di una esclusione *ad hoc*, l'azione di classe dovrebbe considerarsi assoggettata, quanto meno rispetto alla domanda del proponente, alla condizione di procedibilità di cui all'art. 3, d.l. 132/2014.

L'espressa esclusione del mutamento di rito potrebbe porre non secondari problemi nel caso di applicazione dell'azione di classe ad illeciti plurioffensivi adottati, per esempio, in materia di lavoro, nonché rispetto all'introduzione dell'azione di classe con forme diverse dal ricorso *ex art. 702 bis* c.p.c.

In ogni caso, è auspicabile che, in conformità con i principi generali ricavabili dagli art. 183 *bis*, 281 *septies*, 281 *octies*, 426, 427, 439 c.p.c. nonché, se del caso, dall'art. 4 d. leg. 150/2011, né l'errore sul rito, né l'errore sulla competenza, alla luce dell'art. 38 c.p.c., pregiudichino il conseguimento di una decisione di merito.

In tema di pubblicità, che costituisce (o dovrebbe costituire) uno dei cardini della finalità di deterrenza dell'azione di classe, la disciplina appare innovativa rispetto all'art. 140 *bis* c. cons.

In particolare, sono soggetti a pubblicazione *ex officio* sul portale del Ministero della giustizia:

- il ricorso, unitamente al decreto di fissazione d'udienza, entro dieci giorni dal deposito del decreto stesso (art. 840 *ter*, 2° comma);
- l'ordinanza che decide sull'ammissibilità, «entro dieci giorni dalla pronuncia» (art. 840 *ter*, 5° comma);
- il provvedimento che dichiara inammissibile la domanda, quello che dispone la cancellazione della causa dal ruolo e qualunque altro provvedimento che definisca il processo senza decidere la causa nel merito, da pubblicarsi «immediatamente» a cura della cancelleria (art. 840 *quater*, 2° comma);
- la sentenza che accoglie o rigetta nel merito la domanda, «entro quindici giorni dal deposito» (art. 840 *quinquies* ult. comma);
- gli atti di impugnazione della sentenza e i provvedimenti che definiscono i giudizi di impugnazione, mediante richiamo all'art. 840 *ter*, 2° comma (art. 840 *decies*, 1° comma);
- la proposta conciliativa formulata dal giudice ai sensi dell'art. 840 *quaterdecies*.

Per quel che riguarda la successiva fase di adesione, la pubblicazione ha ad oggetto:

- lo schema di accordo transattivo predisposto dal rappresentante comune degli aderenti, con le forme dell'art. 840 *ter*, 2° comma (art. 840 *quaterdecies*, 3° comma);
- il provvedimento con cui il giudice delegato concede o nega l'autorizzazione al rappresentante comune ad addivenire all'accordo conciliativo, con le forme dell'art. 840 *ter*, 2° comma (art. 840 *quaterdecies*, 6° comma).

Il rischio di un danno all'immagine per l'impresa convenuta dovrebbe dirsi scongiurato dalla prevista pubblicazione, con medesimo forme e modalità, dell'ordinanza che decide sull'ammissibilità nonché della sentenza che chiude il processo.

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

Diversamente, la mancata previsione della pubblicazione *on line* della comparsa di risposta dell'impresa, oltre a segnare uno squilibrio tra le parti, rischia di impedire ai potenziali aderenti di valutare con ponderatezza la scelta di aderire (magari già nella prima “finestra” utile).

Il giudice ha il potere di sospendere il «giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo» (art. 840 *ter*, 3° comma).

La disposizione è identica a quella contenuta nell'art. 140 *bis*, 6° comma, c. cons. e ne condivide la medesima *ratio*; la sospensione si giustifica pienamente in materia di *antitrust private enforcement*, alla luce del d. leg. 3/2017, che ha riconosciuto efficacia, «ai fini dell'azione per il risarcimento del danno», di accertamento definitivo della «violazione del diritto della concorrenza» in capo alla decisione definitiva (*id est*, non più contestabile né impugnabile) che riscontra tale violazione, vuoi se resa dall'Autorità garante, vuoi se emessa dal giudice amministrativo (cfr. A.D. DE SANTIS, *L'azione di classe prima e dopo il d.lgs. 3/2017*, in AA.VV., *Il private enforcement antitrust dopo il d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di B. Sassani, Pisa, 2017, 263).

Se, come è ragionevole ritenere, la sospensione sarà adottata con ordinanza, in difetto di una espressa previsione e considerando la sua non riconducibilità alle ipotesi degli art. 295, 296 o 337 c.p.c., dovrebbero considerarsi applicabili gli art. 177 e 178 c.p.c.

6. *La connessione di cause*. L'art. 840 *quater* c.p.c. regola i rapporti tra azioni di classe connesse per i medesimi fatti, proposte nei confronti del medesimo convenuto, mentre l'ultimo comma dell'art. 840 *bis* c.p.c. detta le regole applicabili all'ipotesi in cui intercorra una transazione o una conciliazione tra convenuto e «parti ricorrenti».

Sembra ammessa la possibilità che l'azione di classe sia proposta, congiuntamente e *ab initio*, da una pluralità di ricorrenti.

Le regole dettate per disciplinare i rapporti tra più azioni di classe manifestano però ampie lacune giacché tengono conto esclusivamente dell'esigenza di gestire la moltiplicazione delle iniziative giudiziali di tipo collettivo nei confronti dello stesso convenuto e per gli stessi fatti.

Mancano regole speciali in tema di connessione tra azioni di classe che non presuppongano l'identità dei fatti e del legittimato a contraddire, così come risulta omessa ogni indicazione circa la possibile connessione e trattazione congiunta tra azioni di classe e azioni individuali.

La proposizione di più azioni di classe nei confronti del medesimo convenuto e per «i medesimi fatti» determina la loro riunione, il che dovrebbe condurre all'applicazione degli art. 273 e 274 c.p.c., con la precisazione, però, che le prerogative che tali disposizioni attribuiscono al presidente del tribunale dovrebbero essere riconosciute al presidente della sezione specializzata, a mente di quanto stabilito dall'art. 5 d. leg. 168/2003.

Un'interpretazione allargata della nozione di «sede» del resistente (coincidente con quella dell'art. 19 c.p.c.) dovrebbe consentire la proposizione di azioni di classe davanti a diversi tribunali, il che dovrebbe assoggettare la riunione alla disciplina dell'art. 40 c.p.c.

In ogni caso, la riunione sarà possibile a condizione che le azioni di classe successive alla prima (con la prevenzione determinata dal deposito del ricorso) siano state proposte entro e non oltre il

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

termine di sessanta giorni dalla data di pubblicazione, ai sensi dell'art. 840 *ter*, 2° comma, c.p.c., sul portale del Ministero della giustizia, del ricorso e del decreto.

Il mancato rispetto di questo termine impone al giudice delle azioni di classe successive alla prima di cancellarle dal ruolo, salvo che abbiano ad oggetto diritti che non potevano essere fatti valere entro la scadenza del termine stesso; nei casi, regolati dal 2° comma, in cui l'azione preventivamente proposta venga dichiarata inammissibile, o il processo si chiuda in rito o venga cancellata dal ruolo, le altre azioni di classe, proposte decorso il termine di sessanta giorni e per questo, a loro volta, cancellate dal ruolo, dovrebbero poter essere riassunte.

Nei casi di dichiarazione di inammissibilità della prima azione di classe, resa con «ordinanza definitiva» (da intendersi, probabilmente, nel senso di ordinanza non altrimenti impugnabile, considerando che il provvedimento è espressamente considerato reclamabile dinanzi alla corte di appello), chiusura in rito del processo di classe o cancellazione della causa dal ruolo, le altre azioni di classe fondate sui medesimi fatti e nei confronti dello stesso convenuto non devono essere cancellate dal ruolo se proposte oltre il termine di sessanta giorni dalla pubblicazione del ricorso introduttivo e del decreto nel portale ministeriale.

La prevista pubblicazione «immediata», *on line* e sul medesimo portale pubblico, dei provvedimenti di inammissibilità, chiusura in rito o cancellazione del ruolo dovrebbe rendere agevolmente applicabile questa norma.

Peraltro, se le azioni di classe successive alla prima siano state cancellate dal ruolo perché proposte oltre il termine di sessanta giorni *de quo*, e poi l'azione preventivamente proposta dovesse andar incontro ad una delle conseguenze indicate dal 2° comma dell'art. 840 *quater*, appare ragionevole prevedere la possibilità di una loro riassunzione.

D'altronde, solo contemplando questa evenienza acquisterebbe senso compiuto la scelta, anziché di dichiararne l'estinzione, di cancellare dal ruolo le azioni proposte tardivamente.

Il 3° comma dell'art. 840 *quater* dispone che «Quando una nuova azione di classe è proposta fuori dei casi di cui al secondo comma, la causa è cancellata dal ruolo e non è ammessa la riassunzione».

La *ratio* di queste scelte appare risiedere nella volontà di convogliare il più alto numero di pretese omogenee con la forma dell'adesione, evitando la moltiplicazione delle azioni di classe.

In mancanza di regole ulteriori, l'azione di classe dovrebbe ritenersi soggetta ai principi che il libro I del codice di procedura civile detta in tema di connessione di cause, vuoi qualora questa si verifichi tra azioni di classe che non presuppongono identità di fatti e di convenuto, vuoi nei casi di connessione tra azioni di classe ed individuali.

Data la struttura dell'azione di classe, le esigenze del *simultaneus processus* dovrebbero cedere il passo a quelle di speditezza del processo, con un'auspicata saggia applicazione dell'art. 40, 2° comma e dell'art. 103, 2° comma, c.p.c.

Con riferimento all'ipotesi contemplata dall'ultimo comma dell'art. 840 *bis* c.p.c., se una transazione o una conciliazione determina una situazione per cui «vengono a mancare in tutto le parti ricorrenti», il giudice assegna un termine compreso tra sessanta e centoventi giorni per la prosecuzione del processo che deve avvenire mediante la costituzione in giudizio di almeno un aderente.

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

Decorso inutilmente il termine, il processo si estingue, con salvezza del diritto di azione individuale degli aderenti e della possibilità di proporre *ex novo* un'azione di classe.

I *conditores* non hanno previsto alcuna onere, in capo all'attore, di rendere nota la transazione o la conciliazione intercorsa con il convenuto né è garantito un coordinamento con la disciplina dettata – in tema di conciliazione – dall'art. 840 *quaterdecies* c.p.c., sicché è ragionevole prevedere che l'accordo conciliativo verrà – come sovente accade – stipulato al di fuori del processo, che verrà fatto estinguere concordemente *ex art.* 309 c.p.c.

Inoltre, non sembra chiaro cosa il legislatore intenda con l'espressione «vengono a mancare in tutto le parti ricorrenti», riferita ai proponenti che addivengono ad una conciliazione con il convenuto.

Ragionevolmente, dovrebbe considerarsi estraneo all'applicazione dell'ultimo comma dell'art. 840 *bis* c.p.c. il «venir meno» della parte disciplinato dall'art. 110 c.p.c.

7. *Il giudizio di inammissibilità.* Il giudizio di inammissibilità risponde all'esigenza di bilanciamento tra i valori in gioco, costituiti, da un lato, dall'esigenza del convenuto di liberarsi in tempi rapidi da azioni di classe pretestuose o palesemente infondate e, dall'altro, quello dei potenziali danneggiati, titolari di diritti omogenei a quelli del proponente, di essere tutelati rispetto alla possibilità di aderire ad azioni destinate ad un probabile insuccesso.

Esso rappresenta una fase necessaria, sebbene non risulti indicato il momento nel quale esso si svolga, che dovrebbe però ragionevolmente essere quello della prima udienza.

«La domanda è dichiarata inammissibile: a) quando è manifestamente infondata; b) quando il tribunale non ravvisa omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi dell'art. 840 *bis*; c) quando il ricorrente versa in stato di conflitto di interessi nei confronti del resistente; d) quando il ricorrente non appare in grado di curare adeguatamente i diritti individuali omogenei fatti valere in giudizio».

In mancanza di indicazioni precise, è ragionevole ritenere che il tribunale, compiute le verifiche in ordine alla regolarità del contraddittorio, nonché quelle relative alla pubblicità del ricorso e del decreto (da effettuarsi a cura dell'ufficio), possa gestire «omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio» (art. 702 *ter*, 5° comma, c.p.c.) il giudizio di ammissibilità.

La fase preliminare di verifica della non manifesta infondatezza della domanda riguarderà la prospettazione in diritto posta a fondamento della pretesa e non la veridicità dei fatti costitutivi, a meno che questa non sia di per sé ragionevolmente esclusa dalle prove allegate agli atti introduttivi del giudizio.

La fase del c.d. filtro di ammissibilità è quella che, in dieci anni di applicazione dell'art. 140 *bis* c. cons., ha posto il maggior numero di questioni, attinenti all'individuazione delle regole sul funzionamento del processo, alla ripartizione dell'onere di dimostrare i requisiti di ammissibilità della domanda, al tipo di valutazione che i giudici sono chiamati a compiere e alle caratteristiche della decisione resa, al funzionamento della fase di reclamo e alla ricorribilità per cassazione del relativo provvedimento; la predisposizione del c.d. filtro di ammissibilità all'azione di classe è stata oggetto di critiche e di dubbi di legittimità costituzionale (si rinvia a A.D. DE SANTIS, *L'azione di classe a dieci anni dalla sua entrata in vigore*, cit., ...).

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

Con riferimento ai singoli motivi di inammissibilità, la scelta del legislatore ricalca fedelmente quella compiuta con l'azione di classe consumeristica, sicché pare appropriato tener conto dell'esperienza già maturata.

L'attribuzione all'attore dell'onere di dimostrare i requisiti di ammissibilità dell'azione deriva dalla difficoltà di immaginare che questi possano essere accertati d'ufficio dal tribunale, a meno di ritenerlo dotato di forti poteri inquisitori; peraltro, la verifica di conflitti di interesse difficilmente conseguirà a precise istanze delle parti, le quali, anche per diverse ragioni, sono prive di un interesse al loro rilievo.

Quanto al tipo di valutazione cui è chiamato il tribunale, considerando che tre dei quattro motivi di inammissibilità riguardano la *numerosity* della classe, oggetto della sua valutazione sarà una prognosi di successo dell'azione proposta dall'attore, con riguardo alla propria pretesa individuale, ma anche una verifica dell'esistenza di una serie di pretese omogenee, incorporate nelle (future) adesioni.

Con riguardo all'omogeneità, è plausibile che l'applicazione della nuova azione di classe ne imporrà una reinterpretazione (che si discosti da quella fornita da Cass. 31 maggio 2019, n. 14886,, in corso di pubblicazione in *Foro it.*) in ragione della possibilità che i componenti della classe non siano tutti raggruppabili in una categoria omogenea, quale può considerarsi quella dei consumatori.

La l. 31/2019 ha modificato e chiarito la nozione di conflitto di interessi rilevante ai fini della inammissibilità dell'azione, visto che il 4° comma, lett. c) dell'art. 840 *ter* c.p.c. dispone «quando il ricorrente versa in stato di conflitto di interessi nei confronti del resistente»; la formula, finalmente circoscritta rispetto a quella adoperata dal 6° comma dell'art. 140 *bis* cod. cons., dovrebbe consentire di escludere i dubbi circa la rilevanza di un conflitto di interessi tra proponente e aderenti, nonché tra diversi gruppi di aderenti.

La lett. d) del 4° comma dell'art. 840 *ter* c.p.c., con riferimento all'ultimo motivo di inammissibilità dell'azione di classe, si riferisce alla incapacità, apparente, del ricorrente «di curare adeguatamente i diritti individuali omogenei fatti valere in giudizio».

Considerando gli incentivi economici e le agevolazioni istruttorie, è possibile ipotizzare che il vaglio di adeguatezza non sarà tanto diretto a verificare la solidità finanziaria del proponente, quanto le qualità soggettive sue e, forse, dell'avvocato che lo rappresenta.

8. *La decisione sull'inammissibilità e i rimedi.* L'art. 840 *ter*, 6° comma, c.p.c. dispone che «Quando l'inammissibilità è dichiarata a norma del quarto comma, lett. a), il ricorrente può riproporre l'azione di classe quando si siano verificati mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto».

Il legislatore sembrerebbe voler riservare alla sola decisione di inammissibilità per manifesta infondatezza un regime di stabilità particolare, e l'indagine sulla sua *ratio* sembra suggerire di considerare, in via preliminare, la modificabilità e la revocabilità dell'ordinanza che decide sull'ammissibilità.

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

La previsione, di cui al 7° comma, in ordine alla reclamabilità della decisione sull'ammissibilità, sembrerebbe militare a favore dell'esclusione dell'assoggettabilità dell'ordinanza al regime di modificabilità e revocabilità prescritto dagli art. 177 e 178 c.p.c.

Quel che appare innegabile, è che l'ordinanza, frutto di un accertamento svolto allo stato degli atti, e dunque equiparabile ad una mera delibazione, viene dotata *ex lege* di una stabilità maggiore rispetto a quella degli altri provvedimenti che sanciscono l'ammissibilità o l'inammissibilità, e che tale stabilità produce una preclusione in ordine alla riproponibilità della domanda con le forme dell'azione di classe.

La questione della qualità dell'accertamento sull'ammissibilità e della sua ricorribilità per cassazione si è posta anche con riferimento all'art. 140 *bis* c. cons. e la Cassazione sembra essersi assestata nel ritenere il giudizio di ammissibilità fondato su una delibazione sommaria, priva dei caratteri necessari a sufficienti per affermarne la ricorribilità *ex art.* 111, 7° comma, cost. (cfr. Cass., sez. un., 1° febbraio 2017, n. 2610, *Foro it.*, 2017, I, 2432); senonché, un'auspicata (cfr. A.D. DE SANTIS, *L'azione di classe a dieci anni*, cit.; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, in *www.judicium.it.*) apertura, che lascia ben sperare per la nuova azione di classe, proviene da Cass. 31 maggio 2019, n. 14886, in corso di pubblicazione in *Foro it.* la quale, in ossequio al principio secondo cui la natura di un provvedimento e i rimedi esperibili devono essere valutati non sulla base della sua forma, ma considerando gli effetti che è destinato a produrre, ha ritenuto che l'ordinanza dichiarativa della inammissibilità di un'azione di classe per manifesta infondatezza, poiché dotata di contenuti decisori, debba essere assimilata ad una sentenza e, in quanto tale, assoggettabile ad appello (anziché a reclamo) nonché, di conseguenza, ricorribile per cassazione.

L'obiezione consistente nel rischio di appesantire eccessivamente le azioni di classe (CONSOLO, *Nuove prospettive*, cit.) non sembra convincente, vuoi perché *adducere inconueniens non est argumentum*, vuoi perché un controllo nomofilattico sulla fase introduttiva del processo di classe – presumibilmente quella più delicata – potrebbe essere opportuno.

La decisione sull'ammissibilità è reclamabile, entro trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione, se anteriore, dinanzi alla corte di appello, che decide entro trenta giorni in camera di consiglio. La proposizione del reclamo non è idonea a sospendere il processo davanti al tribunale e l'eventuale declaratoria di ammissibilità da parte della corte determina la trasmissione degli atti al tribunale «adito per la prosecuzione della causa».

Memori dell'esperienza maturata nell'ambito della *class action* consumeristica, il carattere sostitutivo e non impugnatorio del rimedio del reclamo dovrebbe consentire alla corte d'appello di riesaminare la domanda nel merito nel suo complesso, e di non limitarsi alle specifiche censure mosse al provvedimento; in caso di ravvisata ammissibilità dell'azione, la Corte dovrebbe poter rimettere la causa al tribunale – che sarebbe vincolato alla sua decisione – per la prosecuzione del processo.

La norma non chiarisce le modalità della trasmissione, che dovrebbe avvenire ad opera delle cancellerie, né quelle con cui il processo davanti al tribunale possa coordinarsi rispetto all'esito del reclamo camerale svolto dinanzi alla corte d'appello.

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

9. *La trattazione, l'istruzione e la decisione.* Superate le forche caudine del giudizio di inammissibilità, si apre la prima delle due “finestre” per le adesioni e il processo di cognizione va avanti, verso la decisione di merito.

La formula, ormai consueta, secondo cui «Il tribunale, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del giudizio» appare quanto mai in distonia con la complessità delle regole che sovrintendono all'istruttoria del processo di classe.

La prima significativa novità riguarda la regola in tema di costi della consulenza tecnica d'ufficio.

Il 3° comma dell'art. 840 *quinquies* stabilisce, infatti, che «l'obbligo di anticipare le spese e l'acconto sul compenso a quest'ultimo spettanti sono posti, salvo che sussistano specifici motivi, a carico del resistente».

L'intento sembra consistere nell'incentivare azioni di classe aventi ad oggetto illeciti pluri-offensivi, per la cui determinazione o quantificazione sia necessario per il tribunale avvalersi di perizie tecniche dai costi ingenti, e favorire così l'emersione di una domanda di tutela giurisdizionale destinata, altrimenti, a rimanere inespressa.

C'è da augurarsi che le sezioni specializzate autorizzino il più ampio ricorso alla consulenza tecnica c.d. percipiente, giacché la prova di un fatto potrebbe, in molti casi, essere fornita soltanto attraverso l'accesso a cognizioni altamente specialistiche.

La previsione secondo cui il mancato pagamento dell'acconto sulle spese fissato dal giudice non può costituire motivo di rinuncia all'incarico da parte del consulente intende colpire una prassi invalsa negli uffici giudiziari italiani e che, sotto il profilo teorico, mal si giustifica alla luce della ormai pacifica solidarietà dal lato passivo che intercorre tra le parti in ordine all'obbligazione di pagamento del consulente tecnico d'ufficio (cfr. Cass. 12 novembre 2015, n. 23133, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Consulente tecnico*, n. 38).

Una significativa agevolazione sul tortuoso percorso di accertamento della responsabilità scaturisce dalla disposizione che abilita il tribunale a fondare il proprio convincimento su dati statistici e presunzioni semplici.

Non si tratta di una novità, giacché il ricorso a valutazioni di carattere statistico come elemento in grado di fondare il convincimento del giudice e di incidere sul riparto dell'onere della prova anche in altri settori, quali, per esempio, quello regolato dagli art. 6 e 7 della l. 24/2017, con riferimento alle linee guida e alla loro incidenza sull'*an* e sul *quantum* della responsabilità sanitaria o quello dei c.d. *country of origin information*, di cui l'art. 35 *bis*, comma 9°, d.leg. n. 25/08, in tema di riconoscimento della protezione internazionale.

Sembra ragionevole ritenere che l'uso dei dati statistici potrà agevolare il proponente nella dimostrazione del nesso causale tra l'evento e il danno lamentato, soprattutto nei casi in cui il giudice sarà chiamato ad accertare la pluri-offensività della condotta senza che l'attore lamenti un danno, *id est*, ogni qual volta ad agire sarà un ente esponenziale.

La possibilità – nient'affatto recondita – che il convenuto si procuri dati statistici di segno contrario rispetto a quelli forniti dal ricorrente non dovrebbe fungere da detonatore dello strumento predisposto

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

dal legislatore, alla luce del potere del giudice di disporre comunque una consulenza tecnica volta a verificare quali, fra gli studi statistici sottoposti, appaiono maggiormente affidabili.

L'art. 840 *quinquies* c.p.c., dal comma 5° al 13°, detta regole speciali con riferimento all'ordine di esibizione di «prove» e correda la disciplina da un apparato sanzionatorio *ad hoc*.

La scelta del legislatore consiste nel derogare, *in subiecta materia*, alle regole processuali degli artt. 210 e ss. e 118 c.p.c., mutuando il modello dall'art. 3 d. leg. 3/2017, in materia di *antitrust private enforcement* (su cui si rinvia a G. FINOCCHIARO, *La disciplina dell'esibizione delle prove nei giudizi riparatori per violazione delle norme antitrust in attuazione della dir. 2014/104/UE*, in AA.VV., *La nuova disciplina del risarcimento dei danni per violazione della normativa antitrust: profili processuali (parte seconda)*, in *Nuove leggi civ.*, 2018, 413 e ss., nonché a A. FABBI, *La "esibizione" istruttoria nel private enforcement del diritto antitrust*, in AA.VV., *Il private enforcement antitrust*, cit., 169 ss.).

Rispetto al modello dell'art. 3 d. lgs. 3/2017, spicca la mancata previsione che l'ordine di esibizione sia diretto nei confronti del terzo: l'art. 840 *quinquies*, comma 5°, c.p.c. dispone che l'ordine possa essere rivolto soltanto «al resistente».

Altra differenza sta nella nomenclatura, giacché l'art. 3 d. leg. 3/2017, nel regolare la legittimazione all'istanza dell'ordine, utilizza i termini «parte» e «controparte», mentre l'art. 840 *quinquies* c.p.c. menziona, come soggetto legittimato all'istanza, soltanto «il ricorrente» e prevede che il «giudice può ordinare al resistente» l'esibizione.

Rispetto al modello di riferimento, costituito dal d. leg. 3/2017, l'art. 840 *quinquies* c.p.c. adotta un sistema sanzionatorio quasi identico nella struttura, ma diverso in ordine all'entità delle sanzioni pecuniarie, che sono ridotte di un terzo, rispetto a quelle previste dall'art. 6 d. leg. 3/2017; inoltre, nessuna sanzione è prevista per i rappresentanti legali delle parti, al contrario di quanto disposto dall'art. 6, comma 5°, d. leg. 3/2017.

Considerando l'apparato di regole che sovrintendono all'emanazione dell'ordine di esibizione, per il quale sembra sempre necessaria l'istanza di parte, appare corretta la scelta di garantire che la parte contro cui è rivolto l'ordine di esibizione «abbia diritto di essere sentita prima che il giudice provveda».

Il giudice, dunque, «a) esamina in quale misura la domanda è sostenuta da fatti e prove disponibili che giustificano l'ordine di esibizione; b) esamina la portata e i costi dell'esibizione; c) valuta se le prove di cui è richiesta l'esibizione contengono informazioni riservate, specialmente se riguardanti terzi».

L'istanza deve essere motivata dai fatti allegati e dalle prove già assunte o prodotte.

Il tenore dei parametri di valutazione forniti lascia presupporre che il giudice non possa emettere un ordine di esibizione con funzione meramente «esplorativa», cioè di raccolta di informazioni relative a fatti ignorati dalla parte da cui proviene l'iniziativa istruttoria.

Il collegio, nel pronunciare l'ordine di esibizione, deve aver già valutato che l'intimato sia nel possesso della «prova», visto l'apparato di sanzioni che corredano l'inosservanza dell'ordine e da cui si desume un'implicita deroga alla regola dell'art. 210, 3° comma, c.p.c., secondo cui «Se l'esibizione

importa una spesa, questa deve essere in ogni caso anticipata dalla parte che ha proposta l'istanza di esibizione».

Conclusasi l'istruttoria, il processo sommario di classe è destinato a chiudersi con sentenza, che, se di accoglimento, conterrà la liquidazione del *quantum* in favore del proponente, o l'accertamento dell'*an* della responsabilità, qualora ad agire sia stato un ente esponenziale legittimato *per tabulas*, nonché la definitiva determinazione delle caratteristiche che i diritti individuali omogenei devono avere per essere considerati veicolabili attraverso le adesioni.

La sentenza, sotto questo aspetto, sembra sostituirsi integralmente al contenuto dell'ordinanza di ammissibilità, il che pare foriero di problemi applicativi, qualora si ammetta la possibilità per il tribunale di discostarsi dal precedente *decisum*, reso in sede di filtro e frutto di una delibazione allo stato degli atti.

La sentenza di accoglimento è destinata ad avere un contenuto composito (sulla falsariga di quanto previsto per l'ordinanza di ammissibilità regolata dall'art. 140 *bis* c. cons.), giacché, oltre ad accertare le questioni comuni e a delineare i tratti dei diritti dei *class members*, reca altresì provvedimenti di contenuto ordinatorio destinati a regolare la terza fase del procedimento, quella cioè delle adesioni.

AVV. ANGELO DANILO DE SANTIS
Professore associato di diritto processuale civile nell'Università degli Studi Roma Tre
00154 Roma – via Ostiense 139
tel. 3495785774 – e-mail danilodesantis@gmail.com; angelodanilo.desantis@uniroma3.it
in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.