

---

## CAPITOLO II

# Situazioni soggettive implicate\*

*Chiara Petrillo*

SOMMARIO: 1. Premessa sistematica. – 2. La scansione trifasica dell'azione di classe e i distinti oggetti della cognizione del tribunale. – 3. L'oggetto della cognizione nella fase di ammissibilità dell'azione. – 4. Situazioni giuridiche tutelate nella seconda fase giudiziale. – 5. *Segue*: il requisito della “plurioffensiva” e la deducibilità di plurime condotte mono-offensive dell'impresa o dell'ente. – 6. *Segue*: Identità di oggetto tra la sentenza che conclude la seconda fase dell'azione di classe e l'azione inibitoria disciplinata dall'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c. – 7. Le situazioni soggettive tutelate nella terza fase processuale. – 8. Il requisito della omogeneità dei diritti individuali.

### I. PREMESSA SISTEMATICA.

Sin dall'introduzione dell'art. 140 *bis* del Codice del consumo, il legislatore ha disciplinato l'azione di classe sostanzialmente importando, per quanto compatibile con il nostro ordinamento, la disciplina della *class action* statunitense di cui alla *Rule 23* delle *Federal Rules on Civil Procedure*, in tal modo introducendo per la prima volta una forma di tutela oggettivamente ma non soggettivamente “cumulata” dei diritti individuali “identici” od “omogenei” degli appartenenti ad una classe.

Attraverso l'ultimo intervento legislativo (Legge 12 aprile 2019, n. 31) il legislatore ha introdotto l'azione di classe all'interno del Codice di procedura civile, abrogando l'art. 140 *bis* del Codice del Consumo, al precipuo fine di estenderne la disciplina oltre i confini dei rapporti consumeristici, apportando, tuttavia, non irrilevanti modifiche, che, anziché risolvere i dubbi sorti con riguardo alla disciplina precedente, ne alimenta di nuovi.

Per effetto di tale “traslazione”, dunque, alla tutela dei diritti dei consumatori e utenti si aggiunge oggi la tutela di qualsiasi categoria di diritti individuali omogenei di qualsiasi classe di soggetti.

Opportunamente il legislatore omette, inoltre, qualsiasi elencazione – sia pure meramente esemplificativa – dei diritti tutelabili attraverso l'azione di

\* Considerazioni svolte nel corso di un incontro di studio sulla azione di classe presso l'Università di Roma Tre: di qui la sostanziale assenza, salvi i riferimenti interni agli scritti degli altri Autori che hanno collaborato a questo Volume, del consueto corredo di citazioni della copiosa dottrina sul tema.

classe. Seppure, infatti, l'elencazione di cui all'art. 140 *bis*, secondo comma, del Codice del Consumo ha mostrato, alla prova dei fatti, di comprendere qualsiasi diritto nascente dal rapporto di consumo<sup>1</sup>, una elencazione in riferimento ad un'azione generale quale quella introdotta all'interno del Codice di rito avrebbe certamente rischiato di restringere l'ambito di operatività dell'azione di classe.

Possono, dunque, essere indistintamente oggetto dell'azione di classe tanto i diritti individuali omogenei di natura contrattuale, quanto quelli di natura extracontrattuale. La classe può, dunque, essere composta congiuntamente da consumatori, professionisti e imprese, purché tali soggetti siano accomunati dal fatto di essere titolari di «*diritti individuali omogenei*».

Assistiamo, inoltre, ad un ampliamento della tutela anche con riguardo all'oggetto della condanna, posto che se l'art. 140 *bis* del Codice del consumo limitava l'esperibilità dell'azione di classe alla condanna al pagamento di somme di denaro oggi il giudice delegato, all'esito della terza fase processuale può condannare il resistente anche alla restituzione di «cose» (art. 840 *octies*, quinto comma c.p.c., il quale, affetto da evidente – e non unico – *lapis calami*, prevede la condanna del resistente «*al pagamento delle somme o delle cose*»).

Le potenzialità espansive dell'azione di classe sono, quindi, lasciate agli operatori del diritto con una sola limitazione alla gamma dei diritti tutelabili, che emerge dalla individuazione - operata dal terzo comma dell'art. 840 *bis* c.p.c. - del legittimato passivo.

Oggetto di tutela attraverso l'azione di classe sono, infatti, esclusivamente i diritti che gli appartenenti alla classe vantano nei confronti di imprese o di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, e più precisamente i diritti che tali legittimati passivi hanno leso con «*atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività*».

Restano quindi, ad esempio, esclusi dall'ambito di tutela dell'azione di classe i diritti individuali omogenei lesi da soggetti diversi dalle imprese od enti, quali l'attacco informatico di un *hacker*, il *phishing*, lo *smishing*, ecc.

Opportunamente, poi, la nuova disciplina espunge dal testo normativo l'esplicito riferimento alla tutela degli interessi collettivi<sup>2</sup>, concetto da sempre oscuro e dibattuto, improvvidamente innestato dal legislatore nell'art. 140 *bis* del Codice del Consumo con l'art. 6, primo comma, lett. a), d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27.

Tuttavia, come avremo modo di notare in seguito, dal conferimento della legittimazione ad agire – e non più, com'era nell'art. 140 *bis* del Codice del

<sup>1</sup> Sul punto si segnala che l'opinione espressa nel testo è difforme da quella di autorevole dottrina, la cui posizione è illustrata da R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione, il rapporto con gli altri rimedi giurisdizionali in ambito civile e la legittimazione ad agire*, § 4.

<sup>2</sup> Salvo quanto si dirà *infra*.

Consumo, della rappresentanza – alle associazioni e organizzazioni, nonché dal dettato dell'art. 840 *sexies* c.p.c. emerge che l'azione di classe può avere talora ad oggetto anche un solo segmento del diritto individuale omogeneo, ossia l'accertamento del solo fatto lesivo (primo comma, lett. b) dei diritti individuali omogenei potenzialmente deducibili in giudizio.

## **2. LA SCANSIONE TRIFASICA DELL'AZIONE DI CLASSE E I DISTINTI OGGETTI DELLA COGNIZIONE DEL TRIBUNALE.**

Benché l'art. 840 *bis*, primo comma, c.p.c. sancisca esplicitamente che oggetto dell'azione di classe sono esclusivamente i «*diritti individuali omogenei*» appartenenti ai singoli membri di una classe, al fine di ottenere la tutela dei diritti non solo del ricorrente, ma anche di tutti gli aderenti, sono necessarie tre fasi giudiziali: una prima fase – necessaria - dedicata alla valutazione della ammissibilità della domanda, una seconda fase – altrettanto necessaria - dedicata alla decisione di merito della controversia, ed una terza fase – eventuale - denominata dal legislatore (art. 840 *sexies*, primo comma, lettera f) «*procedura di adesione*» – deputata, essa sola, alla decisione sui diritti individuali omogenei degli aderenti.

La prima e la seconda fase del giudizio sono regolate, a livello pressoché meramente assertivo, dal rito sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis* e seguenti del codice di rito (art. 840 *ter*, terzo comma, c.p.c.), ma di fatto sono governate quasi interamente da regole proprie che si discostano in maniera sensibile dalle regole del procedimento sommario di cognizione (divieto di conversione del rito, decisione con sentenza, etc.).

Il legislatore non si occupa invece di evocare un modello processuale di riferimento per l'ultima fase giudiziale, che, ove non regolata dalla nuova normativa, dovrebbe quindi ritenersi governata dalle norme che disciplinano il processo ordinario di cognizione, in considerazione del fatto che all'esito di tale fase il giudice delegato, pur pronunciando un decreto motivato, accoglie o respinge la «*domanda di adesione*» (art. 840 *octies*, quinto comma, c.p.c.) e quindi decide, come già anticipato, sui diritti individuali omogenei degli aderenti.

Al fine di individuare le situazioni soggettive tutelate attraverso l'azione di classe appare utile una sia pur minima esegesi di altre disposizioni introdotte con la L. n. 31 del 2019.

### 3. L'OGGETTO DELLA COGNIZIONE NELLA FASE DI AMMISSIBILITÀ DELL'AZIONE.

La prima fase del giudizio è dedicata alla valutazione circa l'ammissibilità dell'azione.

Controverso è l'oggetto di tale fase giudiziale in relazione al contenuto del relativo accertamento.

L'art. 840 *ter*, terzo comma, c.p.c. – ricalcando il disposto dell'art. 140 *bis*, sesto comma, del Codice del Consumo - prevede che «entro il termine di trenta giorni dalla prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti a un giudice amministrativo», cui la nuova norma aggiunge l'inciso «restano ferme le disposizioni del decreto legislativo 19 gennaio 2017, n. 3».

Il quarto comma dell'art. 840 *ter* – anch'esso sulla scorta di quanto già previsto dall'art. 140 *bis*, sesto comma, del Codice del Consumo – prevede che la domanda sia 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».

A prescindere dall'evidente *lapsus calami* in cui è incorso il legislatore nel prevedere che l'azione debba essere dichiarata inammissibile qualora il ricorrente versi in stato di conflitto di interessi con il resistente (tanto che sotto il vigore dell'art. 140 *bis* cod. cons. non si è mai dubitato che l'azione di classe dovesse essere dichiarata inammissibile in caso di conflitto di interessi con la classe rappresentata e giammai con la controparte!<sup>3</sup>), si può affermare che effettivamente le ipotesi disciplinate dalle lettere b), c) e d) implicano pronunce in rito, ossia pronunce per mezzo delle quali il tribunale si limita a decidere se l'azione di classe proposta sia lo strumento più idoneo per la tutela dei diritti di cui il ricorrente si fa portatore, in particolare valutando l'esperibilità di «un mezzo processuale di tutela che ... si aggiunge a quello ordinario spettante al singolo interessato per ottenere il bene della vita consistente nel

<sup>3</sup> Nello stesso senso si pronuncia tradizionalmente la giurisprudenza nordamericana, negando la *certification* alla *class action* qualora emerga che il *representative plaintiff* abbia un conflitto con la classe "rappresentata". La Rule 23, lett. a), § 4 prevede infatti che la *class action* possa essere dichiarata ammissibile solo qualora «*the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*».

risarcimento di un danno che egli assume di avere subito per effetto della condotta posta in essere dal soggetto danneggiante»<sup>4</sup>.

Al contrario, per quanto riguarda il requisito sub lettera a), già sotto il vigore dell'art. 140 *bis* del Codice del Consumo la dottrina processualistica ha per lo più affermato che quantomeno l'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe per «*manifesta infondatezza*» involga non già il solo rito, bensì anche il merito della controversia.

Una decisa conferma alla tesi secondo cui l'ordinanza di inammissibilità per manifesta infondatezza concerne il merito e non già il rito ce la fornisce oggi il legislatore, introducendo al sesto comma dell'art. 840 *ter* c.p.c. una sia pur «debole» preclusione alla riproposizione dell'azione di classe qualora la precedente azione sia stata giudicata «manifestamente infondata». Riprendendo la disciplina dell'art. 669 *septies* c.p.c. sulla riproponibilità della domanda cautelare in caso di previo rigetto nel merito, il predetto sesto comma dell'art. 840 *ter* sancisce, infatti, che «*quando l'inammissibilità è dichiarata a norma del quarto comma, lettera a), il ricorrente può riproporre l'azione di classe quando si siano verificati mutamenti delle circostanze o vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto*».

A questo punto, anche a voler condividere l'iter argomentativo prediletto dalla Corte di cassazione - la quale ha escluso *tout court* la ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe sul presupposto secondo cui in sede di vaglio di ammissibilità dell'azione di classe il giudice valuta esclusivamente l'esperibilità di «un mezzo processuale di tutela che ... si aggiunge a quello ordinario spettante al singolo», il quale può dunque ottenere altrimenti il bene della vita oggetto della domanda giudiziale<sup>5</sup> - appare arduo negare il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza della corte d'appello, che, in sede di reclamo, dichiara inammissibile l'azione di classe per manifesta infondatezza.

Come ci ha insegnato la Corte cost. con la sentenza 23 giugno 1994, n. 253, infatti, di fronte ad una sia pur debole preclusione una cosa è riproporre l'azione innanzi al medesimo giudice che si è già pronunciato, altra cosa è

<sup>4</sup> Così Cass., Sez. Un. 1 febbraio 2017, n. 2610, in *Corr. Giur.*, 2017, 4, 573 ss., in *Foro It.*, 2017, 7-8, 1, 2432 ss., nonché in *Giur. It.*, 2017, 8-9, 1852 ss., con nota di D. AMADEI.

<sup>5</sup> Così Cass., Sez. Un. 1 febbraio 2017, n. 2610, *cit.*; Cass. civ. Sez. III Sent., 23 ottobre 2018, n. 26725 e in precedenza Cass., Sez. I, 14 giugno 2012, n. 9772, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, 1, 191 nota di S. BOCCAGNA, nonché in *Foro It.*, 2012, 9, 1, 2304 ss., con nota di A.D. DE SANTIS, la quale aveva escluso la ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di inammissibilità dell'azione di classe sul presupposto che detta ordinanza «è fondata su una delibazione sommaria ed è unicamente finalizzata ad una pronuncia di rito, idonea a condizionare soltanto la prosecuzione di quel processo di classe senza assumere la stabilità del giudicato sostanziale ovvero impedire la riproposizione dell'azione risarcitoria anche in via ordinaria; deve essere, pertanto, esclusa l'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso detta ordinanza, salvo per quel che attiene la pronuncia sulle spese e sulla pubblicità».

sottoporre il provvedimento ad altro e diverso giudice<sup>6</sup>, ciò che rende evidente che l'innesto del disposto su richiamato è idoneo a rafforzare, piuttosto che ad indebolire, la convinzione della ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di inammissibilità per manifesta infondatezza.

Con la medesima sentenza appena citata il Giudice delle Leggi ha inoltre sottolineato che l'esistenza di limiti alla ammissibilità della riproposizione della domanda è idonea ad escludere che il giudice «*possa comunque pronunziarsi nuovamente su una domanda riproposta negli identici termini e in costanza della medesima situazione di fatto, al fine di eliminare un proprio eventuale precedente errore*», cosicché se si ammette che l'ordinanza di inammissibilità per manifesta infondatezza abbia un sia pur limitato effetto preclusivo della riproponibilità dell'azione di classe (tanto più che tale azione apre un giudizio di merito che si conclude con sentenza suscettibile di passare in giudicato) non sembra potersi negare la ricorribilità per cassazione del relativo provvedimento. Ancora una volta, nei rapporti tra riproponibilità dell'azione di classe ed esperibilità del ricorso per cassazione avverso l'ordinanza di inammissibilità della corte d'appello, appare quantomai illuminante la sentenza n. 253 del 1994, posto che la ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di inammissibilità e la riproponibilità della azione di classe «operano su piani diversi, non sovrapponibili ma complementari»<sup>7</sup>.

#### 4. SITUAZIONI GIURIDICHE TUTELE NELLA SECONDA FASE GIUDIZIALE.

Superata con esito positivo la fase riservata al vaglio di ammissibilità dell'azione di classe, si accede alla seconda fase giudiziale, dedicata alla decisione, con sentenza, di una "situazione giuridica" di non facile individuazione.

Il primo dato che è possibile evincere con una certa sicurezza è che la "situazione giuridica" tutelata all'esito di tale fase è diversa a seconda di quale, tra i legittimati attivi individuati dall'art. 840 *bis* c.p.c., agisca in giudizio.

Tale dato emerge, principalmente, dall'analisi del dettato dell'art. 840 *sexies*, primo comma, c.p.c., il quale, nel disciplinare il contenuto della sentenza di accoglimento, prevede che «*Con la sentenza che accoglie l'azione di*

<sup>6</sup> Si legge, infatti, nella citata sentenza: «È evidente infatti che tra i due rimedi non vi è rapporto di equivalenza in termini di garanzia, posto che sul reclamo di cui all'art. 669-terdecies del codice di procedura civile è chiamato a decidere un giudice diverso da quello che ha pronunziato il provvedimento impugnato, mentre la riproposizione dell'istanza ai sensi dell'art. 669-septies del codice di procedura penale si rivolge al medesimo giudice che ha già respinto la richiesta di misura cautelare. E l'alterità del giudice dell'impugnazione rappresenta – secondo l'ordinamento, ma anche secondo il comune sentire – un fattore di maggior garanzia».

<sup>7</sup> Il tema della ricorribilità per cassazione dell'ordinanza che dichiara l'inammissibilità dell'azione è oggetto specifico dello studio, nel presente Volume, di DE SANTIS A.D., *Il procedimento*, § 6.

*classe, il tribunale: a) provvede in ordine alle domande risarcitorie o restitutorie proposte dal ricorrente, quando l'azione è stata proposta da un soggetto diverso da un'organizzazione o da un'associazione inserita nell'elenco di cui all'articolo 840-bis, secondo comma; b) accerta che il resistente, con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso diritti individuali omogenei».*

La norma, dunque, distingue due ipotesi, prevedendo, in caso di accoglimento dell'azione, due possibili esiti a seconda del soggetto che abbia instaurato il giudizio.

Qualora l'azione sia stata proposta dal singolo componente della classe, ossia dal titolare del diritto (o cumulativamente da più titolari di diritti) individuale omogeneo, il tribunale, con la sentenza di accoglimento, provvede «*in ordine alle domande risarcitorie o restitutorie*» proposte dal ricorrente (o dai ricorrenti).

In tale ipotesi, dunque, il tribunale decide, con sentenza definitiva, sul diritto dedotto in giudizio dal ricorrente, pronunciando accertamento e condanna dell'impresa o dell'ente resistente al risarcimento o alle restituzioni.

Tale esito non è, invece, consentito nell'ipotesi in cui il giudizio sia stato instaurato «*da un'organizzazione o da un'associazione...*».

In tale ipotesi, infatti, la lettera a) dell'art. 840 *bis*, primo comma, c.p.c. sancisce che il tribunale non può pronunciare una sentenza di condanna; l'oggetto del giudizio è, dunque, individuato esclusivamente – con formula tutt'altro che felice – dalla lettera b) dell'art. 840 *sexies*, primo comma, ai sensi del quale in tal caso il tribunale deve limitarsi ad accertare «*che il resistente, con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso i diritti individuali omogenei*».

Le associazioni e organizzazioni dunque - benché siano legittimate a promuovere l'azione di classe esclusivamente qualora abbiano tra i propri obiettivi statuari la tutela dei diritti individuali omogenei (art. 840 *bis*, secondo comma, c.p.c.) – non sono, in realtà, legittimate – a mo' veri e propri sostituti processuali – ad ottenere la piena tutela di tali diritti, potendo agire esclusivamente per ottenere «*l'accertamento della responsabilità*» (art. 840 *bis*, secondo comma, c.p.c.) del resistente.

Ciò è coerente con il nostro sistema, ma certamente rende estremamente complessa l'esatta individuazione dei limiti oggettivi del giudicato e conseguentemente anche dei suoi limiti soggettivi.

Ponendo, innanzitutto, a confronto il riferimento del secondo comma dell'art. 840 *bis* all'«*accertamento della responsabilità*» del resistente con il riferimento dell'art. 840 *sexies*, primo comma, lettera b) all'accertamento «*che il resistente, con la condotta addebitatagli dal ricorrente, ha leso i diritti individuali omogenei*», si appalesa che le due espressioni non appaiono esattamente sovrapponibili e coincidenti.

È pur vero, tuttavia, che da tali locuzioni – entrambe imprecise – è necessario muovere per individuare l’oggetto dell’azione proposta dall’organizzazione o associazione.

Certamente meno convincente appare la formulazione dell’art. 840 *sexies*, primo comma, lettera b), ove il legislatore sembra pretendere che l’accertamento riguardi la lesione di diritti individuali omogenei; appare, infatti, chiaro che prodromico all’accertamento del fatto lesivo sarebbe, a rigore, l’accertamento dell’esistenza dei diritti soggettivi appartenenti ai componenti della classe.

Se così fosse, tuttavia, la legge avrebbe dovuto prevedere che l’accertamento della lesione dei diritti individuali omogenei sia possibile solo qualora siano depositate adesioni prima della sentenza, mentre, in mancanza di adesioni, non sia possibile una sentenza “di classe”, con la conseguenza che l’azione proposta dal singolo componente della classe si concluderebbe con una sentenza che decide sul suo solo diritto, mentre l’azione proposta da un’associazione o organizzazione si concluderebbe con un *non liquet*.

Ma che questa non sia la *ratio legis* è reso evidente dal fatto che il legislatore ha espressamente previsto - all’art. 840 *quinqüies*, primo comma, c.p.c. - che «*i diritti di coloro che aderiscono*» nel corso di questa seconda fase del giudizio «*sono accertati secondo le disposizioni di cui all’art. 840-*octies*, successivamente alla pronuncia della sentenza che accoglie l’azione di classe*», con ciò rendendo palese che l’accertamento dell’esistenza dei diritti individuali omogenei dei membri della classe esula da questa seconda fase giudiziale ed è oggetto, invece, della successiva terza fase anche qualora i componenti della classe abbiano depositato “domanda” di adesione ai sensi dell’art. 840 *quinqüies*, primo comma, ossia in quel termine perentorio che il tribunale deve fissare con l’ordinanza con cui ammette l’azione di classe<sup>8</sup>.

Incompatibile con l’ipotesi sopra prospettata è, peraltro, anche il dettato della lettera a) dell’art. 840 *sexies*, primo comma, c.p.c., il quale afferma perentoriamente che il tribunale può pronunciare condanna solo qualora colui che ha proposto la domanda introduttiva del giudizio sia l’effettivo titolare del diritto, prescindendo totalmente dal deposito di adesioni nel corso della seconda fase e quindi escludendo non solo la condanna qualora ricorrenti siano associazioni o organizzazioni, ma anche nei confronti di coloro che hanno già depositato la domanda di adesione. Se, infatti, l’accertamento di cui alla lettera b) riguardasse anche l’effettiva esistenza di diritti individuali omogenei degli appartenenti alla classe non si comprenderebbe per quale ragione il legislatore abbia voluto escludere, con le disposizioni sopra menzionate, che il tribunale possa pronunciare condanna anche a loro favore.

<sup>8</sup> Per un’ampia indagine circa la natura e gli effetti dell’adesione si rinvia allo studio di R. FRATINI, *L’adesione*, in questo Volume.



Ne deriva che l'accertamento di cui alla lettera b) del primo comma dell'art. 840 *sexies* c.p.c. è limitato all'accertamento della illegittimità della condotta del resistente che sia *potenzialmente* – e *solo* potenzialmente – lesiva dei diritti appartenenti ai componenti di una classe.

Solo qualora, dunque, l'azione di classe sia stata proposta da un singolo componente della medesima, la sentenza di accoglimento conterrà la condanna dell'impresa o dell'ente convenuti al risarcimento dei danni o alle restituzioni.

La condanna del resistente al risarcimento dei danni o alle restituzioni è, dunque, un capo solo eventuale della sentenza che conclude la seconda fase di questo – fin troppo complicato – processo. E, giova ribadire, detta condanna può essere pronunciata con la sentenza solo a favore del ricorrente e ciò anche qualora nel corso dell'azione – com'è reso possibile dall'art. 840 *quinquies* c.p.c. – abbiano proposto “domanda” di adesione altri componenti della classe, domanda che, quindi, «produce gli effetti della domanda giudiziale» (art. 840 *septies*, sesto comma, c.p.c.), salvo quello, a dir poco essenziale, del vincolo del giudice – ex art. 112 c.p.c. - a decidere, con la sentenza, della domanda medesima.

Il contenuto minimo e indefettibile della sentenza di accoglimento consiste, quindi, nell'accertamento dell'esistenza di una condotta dell'impresa contraria alla legge. A tale accertamento, infatti, il giudice perviene sia che un singolo componente della classe abbia agito a tutela di un proprio diritto soggettivo, che assume omogeneo rispetto a quello di altri soggetti, sia che abbia agito un'associazione ovvero un'organizzazione.

Nel caso in cui agisca un'associazione o un'organizzazione, in conclusione, la sentenza di accoglimento potrà avere ad oggetto esclusivamente tale accertamento. Ciò si evince in primo luogo dalla lettera a) della norma in esame, secondo la quale il giudice provvede sulle domande restitutorie o risarcitorie solo qualora l'azione sia stata proposta da un soggetto diverso da un'associazione o un'organizzazione, sia dal disposto dell'art. 840 *quinquies*, comma 1, c.p.c., il quale precisa che i diritti di coloro che aderiscono nel corso della seconda fase del giudizio «sono accertati secondo le disposizioni di cui all'articolo 840-octies, successivamente alla pronuncia della sentenza che accoglie l'azione di classe».

Dal coacervo di tali norme emerge, dunque, che i diritti individuali omogenei degli aderenti non possono in alcun caso costituire oggetto della sentenza.

Ne emerge ancora che se, rispetto all'art. 140 *bis* Cod. cons., è stato eliminato qualsiasi esplicito riferimento alla tutela degli interessi collettivi, a mezzo di questa azione è sempre e comunque tutelato quello che possiamo chiamare il minimo comune denominatore dei diritti individuali omogenei, che consiste nell'interesse della collettività all'accertamento della responsabilità del resistente.

Oggetto dell'accertamento, dunque, è sempre e comunque l'esistenza di un fatto *contra jus* e solo eventualmente – qualora ricorrente sia titolare del diritto – l'esistenza di un diritto soggettivo.

Sino all'esito della seconda fase, pertanto, - nonostante tutte le complicazioni processuali innestate dal legislatore nella nuova disciplina codicistica dell'azione di classe - il processo si svolge tra due parti - essendo peraltro precluso l'intervento volontario di terzi (art. 840 *bis*, quinto comma, c.p.c.) – ed è finalizzato all'accertamento della condotta plurioffensiva dell'impresa o dell'ente resistente e – tutt'al più – dell'esistenza del diritto al risarcimento o alle restituzioni in capo al solo ricorrente, qualora costui sia l'effettivo titolare del diritto, con conseguente condanna del resistente al risarcimento o alle restituzioni a favore del solo ricorrente.

In esito a questa assai complessa fase processuale, quindi, si avrà, in caso di accoglimento della domanda, l'accertamento della responsabilità del convenuto e semmai la decisione sui diritti vantati dal o dai ricorrenti, al pari di una qualsiasi azione individuale ovvero di una qualsiasi azione *ab origine* in cumulo soggettivo dal lato attivo (non potendosi escludere che i ricorrenti siano più di uno).

Vi è, tuttavia, un'ipotesi in cui il tribunale decide sui diritti di uno o di alcuni aderenti. Il legislatore ha, infatti, previsto che, qualora le parti originarie del giudizio raggiungano un accordo transattivo o conciliativo, gli aderenti possano costituirsi in giudizio per la prosecuzione della causa (art. 840 *bis*, ultimo comma, c.p.c.). In tale ipotesi deve infatti ritenersi che, sostituendosi gli aderenti all'originario ricorrente, i diritti di cui costoro sono titolari diventino oggetto della seconda fase processuale, dovendo, dunque, il tribunale decidere su tali diritti risarcitori o restitutori ai sensi dell'art. 840 *sexies*, primo comma, lettera a). Ovviamente, poiché il ricorrente – a differenza degli aderenti – può provare l'esistenza del proprio diritto con qualsiasi mezzo di prova e poiché dall'art. 840 *sexies*, primo comma, lettera e), c.p.c. emerge che per gli aderenti non maturano in questa fase barriere preclusive in ordine allegazione dei fatti e alla prova dell'esistenza dei loro diritti<sup>9</sup>, la necessità di sostituirsi al ricorrente costituisce valida ragione per una loro remissione in termini ai sensi dell'art. 153, secondo comma, c.p.c.

Le considerazioni sopra svolte inducono ad indagare circa un profilo strettamente connesso, ossia circa l'efficacia soggettiva della sentenza di accertamento del tribunale.

<sup>9</sup> L'art. 840 *sexies*, primo comma, lettera e), c.p.c. prevede che con la sentenza di accoglimento il tribunale fissi, tra l'altro, un termine perentorio «per l'eventuale integrazione degli atti e per il compimento delle attività da parte di coloro che hanno aderito a norma dell'art. 840 *quinquies*, primo comma».

In proposito, appare piuttosto evidente che la sentenza conclusiva di questa fase giudiziale spiega un'efficacia *secundum eventum litis* nei confronti dei componenti della classe diversi dal ricorrente.

Se, infatti, della sentenza di accoglimento possono giovare – secondo l'esplicito dettato normativo - tutti i componenti della classe, anche coloro che non abbiano già aderito nel corso della seconda fase, depositando adesione successiva ai sensi dell'art. 840 *septies* c.p.c., la sentenza di rigetto non pregiudica i componenti della classe che non abbiano ancora aderito all'azione.

Potrebbe residuare un dubbio, tuttavia, sulla efficacia della sentenza tanto di accoglimento quanto di rigetto nei confronti di coloro che abbiano aderito all'azione prima della pronuncia di tale sentenza.

Con riguardo, innanzitutto, alla sentenza di rigetto viene in rilievo la circostanza che l'accertamento della conformità alla legge della condotta del soggetto resistente potrebbe essere idoneo ad escluderne la (pluri)offensività e pertanto che possano esistere diritti individuali omogenei che siano stati lesi.

La ricostruzione che pare più rispettosa del complesso – quanto assai contorto – dettato normativo induce, tuttavia, ad affermare che i diritti al risarcimento e alle restituzioni di coloro che abbiano già aderito all'azione non siano pregiudicati dalla sentenza di rigetto.

I dati normativi che convincono che tale soluzione sia l'unica conforme alla *ratio legis* sono molteplici.

Innanzitutto, dalla lettura del dettato del più volte citato art. 840 *sexies*, primo comma, c.p.c. emerge che i diritti individuali omogenei al risarcimento e alle restituzioni di coloro che abbiano aderito all'azione non possono mai essere decisi con la sentenza di accoglimento che conclude la seconda fase, potendo il tribunale pronunciare condanna a solo favore del ricorrente.

In secondo luogo, l'art. 840 *quinqüies*, primo comma, c.p.c., sancisce esplicitamente che «*i diritti di coloro che aderiscono a norma del presente comma sono accertati secondo le disposizioni di cui all'articolo 840-octies, successivamente alla pronuncia della sentenza che accoglie l'azione di classe*», precisando esplicitamente che gli aderenti non assumono la qualità di parte.

Inoltre, benché - in assenza di esplicita previsione di inappellabilità - la sentenza sia certamente appellabile (ai sensi dell'art. 702 *quater* c.p.c.), agli aderenti è riconosciuta dall'art. 840 *decies*, secondo comma, c.p.c., esclusivamente la legittimazione a proporre la revocazione della sentenza ex art. 395 c.p.c., nonché una sorta di opposizione di terzo revocatoria<sup>10</sup>, previsione che

<sup>10</sup> Dubbia appare la coerenza dell'art. 840 *decies*, secondo comma, c.p.c., il quale riconosce agli aderenti la legittimazione a proporre la revocazione della sentenza ex art. 395 c.p.c., nonché una sorta di opposizione di terzo revocatoria. Il legislatore, infatti, riconosce agli aderenti da un lato la legittimazione a proporre un'impugnazione, la revocazione, tipicamente concessa alle parti del processo – qualità espressamente negata agli aderenti dall'art. 840 *quinqüies*,

induce a ritenere che il legislatore abbia voluto con ciò escludere la legittimazione degli aderenti a proporre l'appello, coerentemente con il fatto che essi non sono parti del processo e che nella seconda fase del giudizio i loro diritti soggettivi non formano oggetto della cognizione del tribunale.

Infine, ai sensi del combinato disposto degli artt. 840 *bis*, quarto comma, e 840 *undecies*, nono comma, c.p.c. «*resta fermo il diritto all'azione individuale*» dell'aderente purché «*la domanda di adesione sia stata revocata prima che il decreto sia divenuto definitivo nei suoi confronti*». Ai sensi di tali disposizioni, dunque, è solo il decreto motivato conclusivo della terza fase processuale ad avere effetto vincolante nei confronti dell'aderente.

A prescindere, dunque, da possibili profili di incostituzionalità di una normativa che trattasse in maniera differente soggetti che si trovano nelle medesime condizioni, sono gli stessi dati normativi ad apparire coerenti con la sola conclusione secondo la quale coloro che hanno depositato domanda di adesione prima della pronuncia della sentenza non sono soggetti all'efficacia vincolante della sentenza di rigetto, posto anche che quella sentenza ha ad oggetto l'accertamento non già dei diritti, ma del solo fatto lesivo.

A ritenere diversamente, ossia che la sentenza di rigetto spieghi effetti anche nei confronti degli aderenti, si dovrebbe altresì ritenere che il disposto dell'art. 840 *decies*, secondo comma, c.p.c., abbia carattere esemplificativo e non esaustivo, riconoscendo quindi agli aderenti la legittimazione ad impugnare la sentenza anche con l'appello.

Tale soluzione potrebbe trovare un addentellato nell'art. 840 *bis*, ultimo comma, c.p.c., il quale, in caso di accordo transattivo o conciliativo intervenuto tra le parti, riconosce agli aderenti il potere di sostituirsi al ricorrente per la prosecuzione del giudizio di primo grado<sup>11</sup>. Alla luce di tale previsione potrebbe allora affermarsi che, proprio perché la sentenza di rigetto ha deciso anche sui diritti omogenei degli aderenti, tale potere di sostituzione possa essere esercitato anche in sede di appello, tanto più che ove si accogliesse la tesi della efficacia della sentenza di rigetto nei confronti degli aderenti, resterebbe per costoro pregiudicata – a differenza dell'ipotesi dell'estinzione del giudizio di primo grado – anche il diritto all'azione individuale.

Con riguardo alla efficacia ed autorità della sentenza di accoglimento nei confronti di coloro che hanno aderito all'azione di classe nel corso della

---

primo comma, c.p.c. – perché soggette all'efficacia diretta della sentenza, legittimazione che, dunque, dovrebbe presupporre che i diritti di cui sono titolari gli aderenti siano stati decisi da tale sentenza – evenienza anch'essa esclusa dall'art. *quinquies*, primo comma, c.p.c. –, dall'altro lato la legittimazione a proporre un'impugnazione tipicamente riconosciuta a coloro che soni terzi rispetto all'efficacia della sentenza, ossia a coloro che subiscono gli effetti riflessi della medesima. Tale questione costituisce, nel presente Volume, oggetto di specifica indagine del lavoro di R. DONZELLI, *Le impugnazioni della sentenza e del decreto*, § 5.

<sup>11</sup> Ipotesi alla quale dovrebbero essere omologate – per identità di *ratio* – quelle di inattività del ricorrente e di rinuncia agli atti del giudizio.

seconda fase giudiziale, viene innanzitutto in rilievo il dettato dell'art. 840 *quaterdecies*, commi secondo e seguenti, c.p.c., ai sensi del quale, dopo la pronuncia della sentenza di accoglimento, il rappresentante comune può stipulare con l'impresa o l'ente soccombente – nell'interesse degli aderenti e previa autorizzazione del giudice delegato – un accordo transattivo, il quale, una volta comunicato agli aderenti, produce effetti anche nei loro confronti, salvo che essi abbiano previamente formulato motivate contestazioni allo schema di accordo e successivamente revocato il mandato al rappresentante comune<sup>12</sup>. L'efficacia, nei loro confronti della sentenza di accoglimento implicita, dunque, che essi – salva l'ipotesi sopra segnalata – siano vincolati dall'attività stragiudiziale compiuta dal rappresentante comune dopo la pronuncia della sentenza medesima, evenienza che, invece, non si verifica nell'ipotesi di accordo transattivo stipulato prima della sentenza, nel qual caso l'aderente che voglia giovare dell'accordo transattivo deve farne espressa dichiarazione<sup>13</sup>.

Più in generale, il dettato dell'art. 840 *undecies*, ultimo comma, c.p.c., consente all'aderente di proporre l'azione individuale «a condizione che la domanda di adesione sia stata revocata prima che il decreto sia divenuto definitivo nei suoi confronti».

Non è chiaro se, nei casi sopra menzionati, l'azione individuale proposta dall'aderente che abbia revocato la domanda di adesione dopo la sentenza di accoglimento debba avere ad oggetto anche l'accertamento della responsabilità del convenuto, perdendo quindi l'aderente che abbia revocato la propria domanda di adesione il vantaggio conseguito a seguito della sentenza che accerta la responsabilità del convenuto, ovvero se costui agisca, a questo punto, esclusivamente per l'accertamento dell'esistenza e la sua quantificazione del suo diritto restitutorio o risarcitorio. È evidente, peraltro, che ove si ritenga che la semplice revoca della domanda di adesione impedisca al componente della classe di giovare della sentenza di accoglimento, non potrà dubitarsi della inefficacia nei suoi confronti della sentenza di rigetto.

<sup>12</sup> La disciplina dell'art. 840 *quaterdecies* c.p.c. è assai più articolata di quanto riferito nel testo al solo fine di stabilire i limiti di efficacia della sentenza. Per un'esaustiva trattazione del tema si veda *infra*, nel presente Volume, A. GIUSSANI, *Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*, § 3.

<sup>13</sup> Sulla *ratio* di tale previsione si veda, ancora A. GIUSSANI, *op. loc. cit.* § 2.

**5. SEGUE: IL REQUISITO DELLA “PLURIOFFENSIVA” E LA DEDUCIBILITÀ DI PLURIME CONDOTTE MONO-OFFENSIVE DELL’IMPRESA O DELL’ENTE.**

Oggetto della sentenza che conclude la seconda fase dell’azione di classe, è dunque, l’idoneità dei comportamenti del soggetto convenuto a ledere i diritti individuali omogenei dei componenti di una classe, cosicché si ritiene, ora come già nell’art. 140 *bis* del Codice del Consumo, che l’azione di classe possa essere accolta solo qualora l’atto o il comportamento posto in essere dall’impresa o dall’ente rivesta il carattere della plurioffensività<sup>14</sup>.

In realtà, non v’è dubbio che il ricorrente possa allegare tanto la plurioffensività di un unico comportamento posto in essere o di un atto compiuto dal convenuto, quanto la perpetrazione, da parte del convenuto, di ripetuti e analoghi atti o comportamenti mono-offensivi.

Il carattere della plurioffensività non è, dunque, requisito assolutamente necessario ai fini dell’accoglimento dell’azione di classe, essendo analogamente idoneo al detto accoglimento l’accertamento da parte del tribunale della ripetizione – in un numero di casi indefiniti – di illeciti aventi le medesime caratteristiche da parte del soggetto convenuto.

Ed anzi, nella maggior parte dei casi oggetto dell’accertamento ad opera della sentenza sarà l’esistenza di un comportamento mono-offensivo reiterato dall’impresa o dall’ente in una molteplicità di casi e quindi nei confronti di una molteplicità di soggetti, quali sono, ad esempio, l’appostazione in conto corrente o l’addebito in bolletta di oneri non dovuti dai clienti.

**6. SEGUE: L’OGGETTO DELLA SENTENZA CHE CONCLUDE LA SECONDA FASE DELL’AZIONE DI CLASSE E L’AZIONE INIBITORIA DISCIPLINATA DALL’ART. 840 *SEXIESDECIES* C.P.C.**

L’oggetto della sentenza che conclude la seconda fase dell’azione di classe, il quale consiste nell’accertamento della offensività della condotta dell’impresa o ente resistente nei confronti di una pluralità di individui o enti, consiste sostanzialmente con l’accertamento demandato al giudice della inibitoria collettiva dall’art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.<sup>15</sup>

Il primo comma di tale norma prevede, infatti, che il tribunale possa pronunciare inibitoria qualora atti e comportamenti siano posti in essere, dai

<sup>14</sup> Si prescinde, in questa sede, dall’indagine circa il requisito della numerosità della classe, sul quale si veda *infra*, nel presente Volume, il lavoro di A.D. DE SANTIS, *op. loc. cit.*

<sup>15</sup> Si rinvia, in proposito al lavoro di D. AMADEI, *La nuova azione inibitoria collettiva*, in questo Volume.

medesimi soggetti passivi destinatari dell'azione di classe, in pregiudizio di una pluralità di individui o enti.

Non sembra, dunque, vi sia ragione per la previsione di una netta scissione e separazione della azione inibitoria collettiva dall'azione di classe, come consacrata non solo dalla previsione della diversità del rito applicabile, ma soprattutto dal nono comma dell'art. 840 *sexiesdecies*, il quale prescrive che qualora l'azione inibitoria collettiva sia proposta congiuntamente all'azione di classe «*il giudice dispone la separazione delle cause*».

Com'è fin troppo noto, mentre la tutela risarcitoria e restitutoria dispongono per il passato, la tutela inibitoria previene la produzione del danno, disponendo per il futuro.

Tali caratteristiche delle menzionate tutele, tuttavia, non escludono che in molteplici ipotesi – e fors'anche nella maggioranza dei casi – per la piena tutela dei diritti individuali omogenei dei componenti di una classe siano necessarie entrambe le pronunce, essendo frequente il caso che ci si trovi di fronte a comportamenti reiterati nel tempo.

Riprendendo, infatti, l'esempio della appostazione in conto corrente o dell'addebito in bolletta di oneri non dovuti, nella maggior parte dei casi il ricorrente che rappresenta la classe chiederà, previo accertamento della illiceità della condotta il resistente, sia l'adozione da parte del tribunale di ordini inibitori rivolti al futuro, sia un provvedimento risarcitorio o restitutorio funzionale alla soddisfazione del diritto già leso.

La previsione, dunque, di una netta separazione delle due azioni si scontra con il principio di economia processuale, ma prima ancora con il buon senso, posto anche che, al di là della veste formale che si è inteso dare al processo (procedimento sommario di cognizione e procedimento camerale), la competenza è in entrambi i casi della «*sezione specializzata in materia di impresa competente per il luogo ove ha sede la parte resistente*» (artt. 840 *ter*, primo comma, e 840 *sexiesdecies*, terzo comma, c.p.c.) e si applica nel processo inibitorio, in quanto compatibile, l'art. 840 *quinquies* c.p.c., ossia la norma che, in seno all'azione di classe, disciplina il “procedimento”.

## **7. LE SITUAZIONI SOGGETTIVE TUTELATE NELLA TERZA FASE PROCESSUALE.**

Con la sentenza di accoglimento che conclude la seconda fase processuale il tribunale indica anche le linee guida per lo svolgimento della terza ed ultima fase.

Il tribunale infatti, nel dichiarare aperta la «*procedura di adesione*» e fissare un termine perentorio per il deposito delle domande degli aderenti, deve – tra l'altro – definire «*i caratteri dei diritti individuali omogenei di cui alla lettera b)*, specificando gli elementi necessari per l'inclusione nella clas-

*se dei soggetti di cui alla lettera e)»* (art. 840 *sexies*, primo comma, lettera c)) e stabilire «*la documentazione che deve essere eventualmente prodotta per fornire prova della titolarità dei diritti individuali omogenei»* (art. 840 *sexies*, primo comma, lettera d)).

La terza ed ultima fase processuale dell'azione di classe è deputata, dunque, all'accertamento dell'esistenza dei singoli diritti individuali vantati dagli aderenti sulla scorta delle indicazioni rese in sentenza.

Tale ultima fase è eventuale.

Non solo, infatti, essa si svolge unicamente qualora la precedente fase si sia conclusa con una sentenza di accoglimento, ma inoltre lo svolgimento di tale fase è condizionata al deposito di istanze di adesione da parte dei componenti della classe.

Ove, dunque, non siano depositate domande di adesione l'azione di classe termina con la conclusione della seconda fase giudiziale.

Qualora, invece, vi siano aderenti si dispiega la peculiarità di questa azione rispetto a quella individuale. In questa fase, infatti, il giudice decide, seppure con decreto motivato, circa l'esistenza dei diritti individuali degli aderenti.

Il subprocedimento ricalca essenzialmente quello di ammissione al passivo fallimentare dei crediti, prevedendo la nomina di un rappresentante comune degli aderenti cui è demandato di predisporre un motivato «*progetto dei diritti individuali omogenei»*, riguardo al quale tanto gli aderenti quanto il resistente possono depositare osservazioni.

Il compito demandato dall'art. 840 *octies* c.p.c. al rappresentante comune degli aderenti nella predisposizione del «*progetto dei diritti individuali omogenei»* è quello di verificare la tempestività delle adesioni, di accertare se il diritto vantato da ogni singolo aderente presenti i caratteri indicati dalla sentenza del tribunale, ai sensi della lettera c) dell'art. 840 *sexies*, primo comma, e di constatare se ciascuna domanda di adesione sia corredata dalla documentazione indicata dalla sentenza ai sensi della lettera d) dell'art. 840 *sexies*, primo comma.

In esito a tale *iter* il giudice delegato «*con decreto motivato, quando accoglie in tutto o in parte la domanda di adesione, condanna il resistente al pagamento delle somme o delle cose dovute a ciascun aderente a titolo di risarcimento o di restituzione»* (art. 840 *octies*, quinto comma, c.p.c.).

È quindi il giudice delegato, sebbene con la forma del decreto motivato, a decidere – anche sulla base delle eventuali osservazioni al progetto depositate dagli aderenti e dal resistente – della esistenza del diritto al risarcimento o alla restituzione dei singoli aderenti e della sua omogeneità a quelli vantati dagli altri componenti della classe, potendo quindi, ad esempio, ritenere idoneo a provare l'esistenza del diritto dell'aderente anche un documento diverso da quello indicato in sentenza ai sensi della lettera d) dell'art. 840 *sexies*, primo



comma, o finanche ritenere che i diritti vantati dagli aderenti siano omogenei anche al di là delle prescrizioni contenute nella sentenza.

Come si è anticipato, rispetto all'art. 140 *bis* del Codice del Consumo, l'ambito della tutela appare un poco ampliato, potendo la condanna avere ad oggetto, per espresso dettato normativo, non il solo pagamento di somme di denaro, ma anche la restituzione di «cose».

## 8. IL REQUISITO DELLA OMOGENEITÀ DEI DIRITTI INDIVIDUALI.

Poiché la formazione di una classe dipende oggi essenzialmente dalla lesione di diritti "omogenei" appartenenti a più soggetti, la classe, non più predeterminata dal legislatore sotto il profilo soggettivo, è delimitata esclusivamente dalla "omogeneità" dei diritti di cui il ricorrente si fa "portatore".

Nella definizione del requisito della omogeneità il compito è agevolato dal fatto che, con riferimento al dettato dell'art. 140 *bis* del Codice del Consumo, molto è già stato scritto in dottrina e in numerose occasioni ha avuto modo di pronunciarsi la giurisprudenza di merito<sup>16</sup>.

È evidente, anche alla luce di quanto dianzi esposto, che i diritti tutelabili con l'azione di classe devono essere dunque tali da consentire ai titolari l'aggregazione in una "classe", la quale si aggrega, appunto, proprio per effetto e quale conseguenza della "omogeneità" dei diritti vantati individualmente dai suoi componenti.

Il nodo centrale della questione concernente l'individuazione del requisito dell'omogeneità consiste, dunque, nella identificazione degli elementi che la determinano.

Innanzitutto, appare sin troppo palese che l'omogeneità dei diritti deve essere valutata in sede giudiziale avendo riguardo agli elementi oggettivi della domanda, ossia il *petitum*, mediato e immediato, e la *causa petendi*.

Dal punto di vista della *causa petendi*, per far parte della classe e aderire all'azione, i diritti al risarcimento del danno o alle restituzioni che i titolari

<sup>16</sup> Prima delle modifiche apportate con il d.l. n. 1 del 2012, l'esatta determinazione del requisito della "identità" dei diritti aveva dato luogo ad interpretazioni apparentemente difformi; secondo una prima impostazione, infatti, i diritti tutelati dovevano essere identici (App. Torino, 27 ottobre 2010, in Foro it., 2010, I, 3530; Trib. Roma, 11 aprile 2011, *ivi*, 2011, I, 3424; Trib. Roma, 16 settembre 2011, in [www.classactionromanettuno.org](http://www.classactionromanettuno.org); App. Roma, 27 gennaio 2012, in Corr. giur., 2013, 103; Trib. Napoli, 18 febbraio 2013, *inedita*); un'interpretazione più elastica aveva, invece, già affermato che i diritti dovevano essere solo parzialmente identici, cioè omogenei (App. Torino, 23 settembre 2011, in Foro it., 2011, I, 3422; Trib. Roma, 25 marzo 2011, *ivi*, 2011, I, 1889; Trib. Napoli, 9 dicembre 2011, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); App. Milano, 3 maggio 2011, *ibidem*; Trib. Roma, 27 aprile 2012, in Nuova giur. civ. comm., 2012, I, 903). Per un'ampia rassegna delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza con riguardo alla definizione del requisito della "omogeneità" si veda R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione, il rapporto con gli altri rimedi giurisdizionali in ambito civile e la legittimazione ad agire*, § 4.

vantano nei confronti dell'impresa o dell'ente devono innanzitutto derivare da un unico illecito con attitudine plurioffensiva o da illeciti uguali tra loro, ripetuti e numerosi, atti ciascuno a ledere singoli soggetti. Appare, quindi, evidente che il requisito dell'omogeneità dei diritti va innanzitutto riferito alla condotta illecita che ha leso i diritti dei membri della classe.

Tale circostanza è necessaria, ma tuttavia non sufficiente a far assumere, di per sé sola, il carattere della omogeneità ai diritti individuali.

Appare, infatti, altresì necessario che i membri della classe abbiano sofferto un pregiudizio il cui accertamento giudiziale possa essere condotto unitariamente, prescindendo totalmente da questioni individuali. In questo senso, ad esempio, i danni da fumo – e più in generale i danni alla salute – mal si attagliano ad essere fatti valere attraverso l'azione di classe, poiché essi tipicamente necessitano di un'indagine circa lo stato di salute iniziale di ciascun singolo danneggiato.

Molto più consona appare, al contrario, l'azione di classe per far valere i diritti alle restituzioni che vantano una pluralità di soggetti in conseguenza dell'applicazione da parte di un'impresa o ente di oneri non dovuti, ovvero in conseguenza della vendita di un bene o prodotto privo delle qualità promesse.

In altre parole, se certamente i diritti individuali alle restituzioni ben si prestano, quantomeno nella maggioranza dei casi, ad essere oggetto di azione di classe, giacché di per sé l'unicità della condotta offensiva o l'identità delle più condotte poste in essere dal legittimato passivo appaiono sufficienti a qualificare e individuare il perimetro – certamente qualitativo e possibilmente anche quantitativo – dei diritti alla restituzione, l'indagine che il giudice deve condurre circa l'omogeneità dei diritti al risarcimento dei danni si rivela, in generale, più complessa e articolata.

Non appare sufficiente, infatti, che tutti i componenti della classe individuino una medesima condotta lesiva e lamentino il medesimo danno, poiché, per la struttura tipica dell'obbligazione risarcitoria, è anche necessario l'accertamento del nesso di causalità tra condotta lesiva ed evento dannoso.

Tale esigenza, inserita nel contesto dell'azione di classe, implica, in particolare, che il giudice sia tenuto ad accertare l'identità del nesso causale tra condotta lesiva ed evento dannoso lamentato dalla classe, e ciò deve fare – sia pure a livello meramente probabilistico – già *in limine litis*, ossia nella fase dedicata all'ammissibilità dell'azione, anche se in tale accertamento – soprattutto nella fase dedicata all'ammissibilità dell'azione, ma anche in quella relativa alla decisione di merito – soccorrerà certamente il criterio della *"preponderanza dell'evidenza"*, ovvero del *"più probabile che non"*, avuto riguardo anche ai dati di comune esperienza.

Tutto ciò considerato, è senz'altro condivisibile l'affermazione della dottrina processualistica secondo la quale l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili attraverso l'azione di classe si risolve in una connessione impropria, disciplinata dall'art. 103, primo comma, ultima parte, c.p.c., a norma del

quale più cause possono essere trattate congiuntamente in un unico processo «*quando la decisione dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni*», che nel caso di specie devono essere di fatto e di diritto.

Dato per scontato, dunque, che i componenti della classe debbano lamentare lo stesso tipo di danno, uno dei temi più spinosi e dibattuti consiste, tanto per il risarcimento quanto per le restituzioni, nella risoluzione della questione circa la necessità che i singoli componenti della classe abbiano subito esattamente lo stesso pregiudizio anche sotto il profilo quantitativo, ossia ai fini della liquidazione delle somme.

La attuale previsione di una fase *ad hoc* per l'esame delle domande di adesione e la eventuale condanna del resistente al pagamento delle somme o alla restituzione delle cose dovute a ciascun aderente, induce a ritenere che la quantificazione possa essere individualizzata e quindi che le somme o le cose oggetto della domanda risarcitoria o restitutoria di ciascun aderente possano essere quantitativamente diverse.

L'ipotesi più banale, ad esempio, può essere quella di una classe - composta indistintamente da consumatori e professionisti - che, a causa della cancellazione di un volo aereo, chieda la restituzione del prezzo pagato per il relativo biglietto; in questo caso la circostanza che alcuni componenti avessero acquistato un biglietto di prima classe ed altri un biglietto economico non impedisce certamente di dichiarare ammissibile la azione di classe, rilevando tale circostanza solo in questa terza fase, ove al giudice delegato è demandato di stabilire - accertato che ciascun aderente avesse acquistato il biglietto per il volo cancellato - la somma che deve essere restituita a ciascun aderente in relazione al prezzo individualmente pagato.

Allo stesso modo, qualora una banca abbia mensilmente addebitato ai propri correntisti oneri non dovuti, l'azione di classe è certamente ammissibile anche se la durata di tale addebito sia diversificata per i singoli componenti della classe; ancora una volta sarà il giudice delegato a stabilire, sulla base delle prove allegare dagli aderenti, l'entità delle somme dovute a ciascuno.

