

Andrea Giussani

Efficienza giusta

Percorsi della giustizia civile



Giappichelli



INTRODUZIONE

Questo volume si propone di suggerire riflessioni, da vari angoli prospettici, intorno al rapporto fra gli obiettivi di efficienza del processo civile, intensamente perseguiti nell'ultimo mezzo secolo attraverso sia riforme, sia reinterpretazioni del dato normativo, e le ragioni di giustizia che devono informare la disciplina della risoluzione delle controversie: in altri termini, e riprendendo una formula di cui chi scrive si è già avvalso, si vuole distinguere fra economia processuale ed avarizia giudiziale, per intendere che l'efficienza della giustizia può parametrarsi al rapporto fra risorse impiegate e risultati raggiunti sul piano dell'accuratezza dell'applicazione del diritto sostanziale, anziché in base alle mere dinamiche di flusso del contenzioso; in altri termini ancora, l'efficienza da perseguirsi può essere, appunto, un'efficienza giusta.

In quest'ottica, il primo capitolo presenta nella prospettiva comparata il problema della disciplina delle azioni di classe: si tratta di un contributo originariamente formatosi, con il titolo "*Le azioni collettive e di classe*" come relazione al convegno intitolato "*L'Unione Europea, il diritto processuale e il diritto amministrativo locale: la difesa dei diritti e degli interessi dei cittadini*", tenutosi presso il Reale Collegio di Spagna di Bologna il 25-26 maggio 2017, e poi pubblicato in varie forme, dapprima in "*L'influenza del diritto processuale europeo negli ordinamenti italiano e spagnolo*", a cura di Cabrera Mercado, Quesada López, López Picó, Milano, 2018, 1-15, e poi, con il titolo "*Le azioni di classe dei consumatori dalle esperienze statunitensi agli sviluppi europei*" sulla *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019, 157-177, e ancora negli *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo, 2020, 137-146.

Il suo taglio di ordine generale introduce al secondo capitolo, nato come nota di commento a Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2019, n. 14886, pubblicata sulla *Rivista di diritto processuale*, 2020, 359-366 con il titolo

“*Diritti omogenei e omogeneizzati nell’azione di classe*”: vi si formulano auspici in favore delle liquidazioni forfettizzate diretti a rendere compatibile l’efficienza assicurata dall’aggregazione del contenzioso seriale con la potenziale diversificazione individuale delle poste risarcitorie senza sacrificare indebitamente l’accuratezza dell’applicazione della norma sostanziale in occasioni in cui l’alternativa sarebbe di fatto costituita dalla sua assoluta disapplicazione.

Si tratta però di auspici che il legislatore non ha raccolto, preferendo invece confinare l’aggregazione all’accertamento della responsabilità, configurando una fase di liquidazione individualizzata ma a tal punto sommaria da sollevare dubbi intorno alla idoneità del provvedimento a produrre gli effetti della cosa giudicata sostanziale: all’illustrazione della riforma che ha adottato questa soluzione è dedicato il terzo capitolo, in origine pubblicato con il titolo “*Sulla riforma dell’azione di classe*” sulla *Rivista di diritto processuale*, 2019, 1572-1600, nonché, con ulteriori sviluppi, in *Tutela giurisdizionale e giusto processo. Scritti in memoria di Franco Cipriani*, Napoli, 2020, 1469-1495, e con il titolo “*La nuova azione di classe in Italia*” sulla *Revista Ítalo Española de Derecho Procesal*, 2020, 5-36.

Il principale rilievo critico che si muove a tale riforma concerne la strutturazione degli incentivi all’esercizio dell’azione: si tratta di un tema in ordine al quale la comparazione offre contributi utili alla chiarezza delle idee, al cui esame è dedicato il quarto capitolo, inizialmente preparato, con il titolo “*Regolamento (CE) n. 861/2007: Procedimento europeo per le controversie di modesta entità*” come relazione all’incontro dedicato a “*Strumenti e soluzioni per un più efficace recupero transfrontaliero dei crediti*”, tenutosi l’8 novembre 2019 presso l’Università Statale di Milano, nell’ambito del programma “*Project JUST-AG-2016-02-764217*”, e poi pubblicato, con il titolo “*Controversie di modesta entità e rifusione dei compensi di difesa nel Regolamento UE n. 2421/2015*”, sulla *Rivista di diritto processuale*, 2020, 690-697.

La combinazione delle considerazioni svolte nei precedenti due forma oggetto del quinto capitolo, in cui si discute in che misura le ulteriori prospettive evolutive della normativa sull’azione di classe corrispondono alle esigenze emerse in sede applicativa: il contributo sorge come relazione intitolata “*Class actions e finanziamento delle liti*” alla XXXII giornata di studio della *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, tenutasi presso la Camera Arbitrale di Milano il 21 ottobre 2021 e dedi-

cata al tema “*Il finanziamento della lite*”, ed è altresì pubblicata *ivi*, 2022, 303-319.

Il sesto capitolo ricomprende poi anche le azioni di classe nella più ampia prospettiva della circolazione internazionale degli atti compositivi della lite (in cui esse sono destinate a definirsi quando la strutturazione degli incentivi è corretta): vi si introduce infatti il più generale tema della evoluzione della cooperazione giudiziaria civile in materia, muovendo dalla relazione svolta per l’incontro della Scuola Superiore della Magistratura – Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione dedicato a “*Problemi attuali su riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nella giurisprudenza italiana ed europea*” (Roma, 6-8 marzo 2019, Cod. T19001- D19081), intitolata “*Riconoscimento ed esecuzione degli atti di conciliazione e transazione*”, e pubblicata con tale titolo sulla *Rassegna dell’esecuzione forzata*, 2019, 599-606, nonché, con alcune variazioni e l’aggiunta di qualche nota bibliografica, con il titolo “*Intorno al riconoscimento e alla esecuzione degli atti di conciliazione e transazione*”, sulla *Rivista di diritto processuale*, 2019, 1019-1027.

La questioni di coordinamento con le giurisdizioni straniere vengono riprese nel settimo capitolo, nato come nota di commento a Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2017, n. 30877, e pubblicato con il titolo “*Sospensione per litispendenza internazionale e giudizio di legittimità*”, sulla *Rivista di diritto processuale*, 2018, 829-842; anche in questo caso la chiave di lettura offerta riposa sulla conformità a giustizia della promozione dell’efficienza attraverso la rilettura della disciplina della sospensione.

Quest’ultimo aspetto, in termini di portata più generale, forma il cuore del ripensamento complessivo della disciplina della pregiudizialità disegnato nell’ottavo capitolo, nato come nota di commento a Cass. civ., sez. un., 29 luglio 2021, n. 21763, pubblicata, con il titolo “*Sulla ratio della sospensione per pregiudizialità*”, sulla *Rivista di diritto processuale*, 2022, 283-300.

Il nono capitolo affronta invece il tema che di recente ha destato i più intensi e appassionati dibattiti intorno alla evoluzione degli indirizzi giurisprudenziali diretti a perseguire obiettivi di efficienza, in termini che debbono correlarsi all’almeno tendenziale miglioramento, e non al peggioramento, dell’accuratezza dell’applicazione della legge sostanziale, ossia quello dell’abuso del processo: il contributo nasce dalla relazione intitolata “*Abuso del processo e proprietà intellettuale*” al XXXV incontro di AIDA – *Annali italiani del diritto d’autore, della cultura e*

dello spettacolo, dedicato a “*Clausole generali e proprietà intellettuale*” (2021), e pubblicata, con il titolo “*Abuso del processo e proprietà intellettuale: le prospettive di evoluzione del rapporto fra condanna generica e interesse al frazionamento della tutela*”, su *AIDA*, 2021, 210-221.

Del rapporto tra efficienza e giustizia si discute ancora, nella ulteriore prospettiva della disciplina dell’onere della prova, nel decimo capitolo, nato come nota di commento a Cass. civ., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11748, e pubblicato con il titolo “*Sulla «vicinanza» della prova del vizio della cosa venduta*”, sulla *Rivista di diritto processuale*, 2020, 1315-1330: vi si tratta in particolare della preferibilità della nozione di minore onerosità della predisposizione della prova rispetto a quella, più elusiva, di vicinanza, e della sua potenziale portata determinativa di incrementi di efficienza in direzione dell’accuratezza dell’applicazione della norma sostanziale nei casi di incertezza sul fatto.

Dal lettore si prende congedo con un’incursione (si spera non troppo avventata) nel territorio *Law and Literature*, pubblicata, con il titolo “*Sul morbo della causa muta*” sulla *Rivista di diritto processuale*, 2021, 560-566 e negli *Studi in onore di Bruno Sassani*, Pisa, 2022, 1947-1952: la sua relazione con i precedenti scritti è forse meno immediatamente percepibile, ma si confida che possa cogliersi che il fattore di *Angst* del contenzioso non sta nel processo, ma nella causa; donde ancora l’idea che l’efficienza del processo debba perseguirsi massimizzando l’accuratezza dell’applicazione della norma sostanziale, perché è il conseguimento di risultati giusti, e quindi di una risoluzione di una causa, a doverne costituire il parametro di valutazione (un’idea forse anche banale per molti processualisti, ma in apparenza non del tutto consolidata presso quel pubblico a cui l’argomentazione poetica potrebbe risultare più interessante, per non dire più accessibile, di quella tecnica).

CAPITOLO I

LO SVILUPPO DELLE AZIONI DI CLASSE

SOMMARIO: 1. Stipulazioni introduttive. – 2. Le azioni collettive delle formazioni sociali. – 3. L'azione di classe. – 4. Garanzia dell'azione e mercato del servizio legale. – 5. Effetti sul diritto sostanziale. – 6. Conciliazione collettiva. – 7. Tipi di azione di classe. – 8. Attualità e prospettive per l'Italia e l'Unione Europea.

1. Stipulazioni introduttive

Un necessario punto di partenza della discussione sul tema qui proposto è costituito dalla definizione del suo oggetto in termini per quanto possibile precisi e tuttavia abbastanza elastici da risultare compatibili con l'analisi comparata. Deve pertanto trattarsi di nozioni in cui sia minimizzato l'impatto della cultura giuridica di provenienza, e di cui sia massimizzata la comprensibilità per chi a queste non appartenga.

Come per ogni problema metodologico, però, meglio delle disquisizioni opera la c.d. prova del budino, sicché si pongono qui preliminarmente le seguenti convenzioni terminologiche, usuali ma non scontate: *i*) per "azione di cognizione" si intende qui il diritto al provvedimento giudiziale sul merito intorno a una domanda di tutela di un bene della vita (da intendersi a sua volta come una concreta attribuzione normativa ad un soggetto della facoltà di accesso ad un'utilità); si qualifica a sua volta come "azione esecutiva" il diritto a conseguire, all'occorrenza tramite l'ausilio della forza pubblica, l'adeguamento della realtà materiale alla realtà giuridica, quale risultante da un provvedimento giudiziale o da una convenzione; *ii*) per "azione di condanna" si intende qui l'azione di cognizione diretta a conseguire un provvedimento attributivo di un

bene della vita idoneo a permettere l'esercizio dell'azione esecutiva; si qualifica a sua volta come "azione di accertamento mero" quella rivolta a conseguire soltanto l'accertamento dell'attribuzione del bene della vita; *iii*) per "azione risarcitoria" si intende qui l'azione di condanna rivolta all'attribuzione di somme di denaro, sia a titolo di risarcimento del danno in senso stretto, sia a titolo di restituzione; a sua volta, si qualifica come "inibitoria" l'azione di condanna rivolta a conseguire l'attribuzione di altro genere di utilità; *iv*) per "azione collettiva" si intende qui, del tutto genericamente, l'azione di cognizione esercitata a tutela di una categoria di soggetti in quanto tale, ossia senza bisogno di identificarli singolarmente; non si prenderà invece in specifico esame qui, benché sia, oltre che concepibile, effettivamente conosciuta nell'esperienza applicativa, la c.d. "azione collettiva passiva", ossia l'azione esercitata nei confronti di una categoria di soggetti, non sussistendone una significativa presenza in materia di tutela del consumatore¹; *v*) infine, si intende qui per "azione di classe" l'azione collettiva diretta a conseguire un provvedimento giudiziale i cui effetti di giudicato operino, oltre che nei confronti di chi la promuove, anche nei confronti degli altri componenti della categoria interessata.

¹Cfr. le ipotesi di azione di classe passiva configurate in R. Berizonce, A. Pellegrini Grinover e A. Landoni Sosa, *Codice modello di processi collettivi per Iberoamerica*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 567, nonché gli artt. 35 ss. del *Código modelo de procesos colectivos para Iberoamerica*, adottato dall'*Instituto Iberoamericano de derecho procesal* nel 2004; v. anche, sull'esperienza statunitense, per es. S. Yeazell, *The Past and Future of Defendant and Settlement Classes in Collective Litigation*, in 37 *Arizona Law Review*, 1997, 687, 702 ss.; cfr. però, per una proposta di eliminarle del tutto, J. Bronsteen e O. Fiss, *The class action rule*, in 78 *Notre Dame Law Review*, 2003, 1422; in Italia ha prospettato l'azione di classe di accertamento negativo su iniziativa del potenziale convenuto V. Tavormina, *La nuova class action: il coordinamento con la disciplina del codice di procedura civile*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 247, ma cfr. *contra* per es. C. Consolo, *Come cambia, rivelando a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, 1300, e *si vis* già A. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 121 ss.; un effetto simile può magari prodursi tramite strumenti rivolti alla risoluzione in via aggregata di mere questioni, anziché di controversie, come la *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)* germanica, su cui v. da ult. B. Hess, F. Reuschle e B. Rimmelpacher, *Kölner Kommentar zum Kapitalmusterverfahrensgesetz (KapMuG)*, III ed., Köln, 2018; cfr. in proposito anche *infra*, § 5.

2. Le azioni collettive delle formazioni sociali

Tradizionalmente la *ratio* delle azioni collettive in generale, e dell'azione di classe in particolare, viene ricondotta all'obiettivo di superare ostacoli di fatto all'accesso alla giustizia da parte dei titolari di pretese omogenee, soprattutto se di modesto valore unitario, come di frequente sono quelle dei consumatori².

Si può osservare infatti che nel contesto di tale contenzioso seriale la sentenza di accoglimento della domanda costituisce un bene comune a consumo non rivale il cui costo è superiore al valore della sua utilità per ciascuno degli interessati: ne consegue che l'esercizio dell'azione individuale rappresenta una scelta irrazionale in misura direttamente proporzionale all'ampiezza del gruppo interessato e inversamente proporzionale al suo grado di coesione sociale³. Il legislatore che ritenga auspicabile che anche siffatte pretese possano di fatto ricevere tutela ha pertanto l'onere di introdurre incentivi alla proposizione della domanda giudiziale⁴.

Una diffusa strategia consiste nell'attribuire la legittimazione a far valere siffatte pretese a formazioni sociali private, considerate rappresentative della categoria interessata in forza delle adesioni dei loro appartenenti, sulla premessa che l'assolvimento per via giudiziaria delle loro finalità statutarie ne costituisca la remunerazione. Ciò si deve tuttavia soprattutto all'esigenza, emersa in molte occasioni, di sviluppare so-

² In Italia questa prospettiva si diffonde soprattutto con i due grandi convegni dedicati a *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova, 1976, e *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milano, 1976; negli Stati Uniti il dibattito era impostato in tali termini a partire almeno dal fondamentale saggio di H. Kalven e M. Rosenfield, *The Contemporary Function of the Class Suit*, in 8 *University of Chicago Law Review* 1941, 684 ss.

³ Il riferimento classico è all'opera di M. Olson, *The Logic of Collective Action*, II ed., Cambridge, 1971, cui si possono aggiungere gli sviluppi di R. Axelrod, *The Evolution of Cooperation*, New York, 1984, nonché, per la rilevanza delle credenze intorno all'altrui propensione alla cooperazione, le analisi di D. Kahan, *The Logic of Reciprocity: Trust, Collective Action, and Law*, in 102 *Michigan Law Review*, 2003, 71 ss.

⁴ Quanto meno se si condivide l'idea che sia "Unglücklich das Land, das Helden nötig hat" (B. Brecht, *Leben des Galilei*, XIII).

luzioni, in assenza di disposizioni legislative esplicite sul punto, sulla base di costruzioni teoriche.

In tale ottica, si è prospettato, anche sulla scorta di suggestioni ispirate ad esperienze francesi e tedesche, che la formazione sociale sia come tale portatrice di situazioni di vantaggio sostanziali tutelabili in giudizio in quanto riferite in maniera indifferenziata ai componenti della categoria di cui la formazione stessa sia rappresentativa: tali situazioni, imputate all'associazione in via interpretativa, si sovrappongono a quelle, dirette alla fruizione della medesima utilità, imputate dalla legge individualmente ai singoli appartenenti alla categoria stessa⁵.

Da siffatta prospettiva scaturiscono, fra l'altro, le seguenti implicazioni processuali: *i*) la legittimazione ad agire è attribuita in via concorrente a diverse formazioni sociali; *ii*) la sentenza produce effetti di vero e proprio giudicato solo fra le parti del giudizio, benché spieghi di fatto influenza anche ai fini delle future cause contro il medesimo convenuto promosse da singoli componenti della categoria o formazioni sociali collegate; *iii*) la sentenza di accoglimento, anche se di condanna, non è direttamente spendibile, ai fini dell'esercizio dell'azione esecutiva, da chi non abbia partecipato al giudizio; *iv*) la formazione sociale non può chiedere tutele a contenuto satisfattivo di situazioni di vantaggio differenziate dei componenti della categoria interessata.

Detta impostazione, nel corso del tempo esplicitamente recepita anche in via legislativa in vari ordinamenti, e in particolare ai fini della tutela dei consumatori nel diritto dell'Unione Europea⁶, può essere però apprezzata soprattutto come veicolo per favorire la composizione del conflitto in sede politica, più che in sede giurisdizionale, dato che l'ini-

⁵ Nella dottrina italiana si è sovente auspicata un'evoluzione in tal senso della giurisprudenza (cfr., per es., M. Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, Bologna, 1994, 85 ss.; V. Denti, *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, 187 ss.; L. Comoglio, *Art. 24, comma I*, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili (Art. 24-26)*, Bologna-Roma, 1981, 16 ss.; N. Trocker, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, 196 ss.); sulle vicende francesi e tedesche a monte di quel dibattito si conceda un rinvio a A. Giussani, *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996, 321 ss.

⁶ L'impostazione europea è stata peraltro anticipata in Italia dalla l. n. 281 del 30 luglio 1998 (sull'introduzione della quale si conceda un rinvio a A. Giussani, *La tutela di interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Danno e resp.*, 1998, 1061 ss.).

ziativa processuale della formazione sociale si determina assai più in ragione della sua potenziale visibilità mediatica che degli effetti giuridici che ne possono scaturire.

La formazione sociale, infatti, per la realizzazione dei suoi scopi deve privilegiare le iniziative idonee a incrementarne la notorietà fra i potenziali aderenti, in particolare segnalando un problema all'attenzione dell'opinione pubblica, mentre non può attribuire speciale rilevanza all'apparenza di fondatezza della domanda, poiché così come l'effetto giuridico, anche l'effetto economico della sentenza è per lei di minima portata, essendo per un verso essa facilmente esonerata dalla responsabilità da soccombenza, e per altro verso destinataria in proprio, in caso di vittoria, di utilità che non possono superare il rimborso del costo della stessa lite (e di consueto neppure lo raggiungono).

3. L'azione di classe

L'elemento distintivo dell'azione di classe consiste invece, come si è accennato, nella produzione di effetti di giudicato nei confronti dei componenti dell'intera categoria, che per semplicità di esposizione si designano qui come attori passivi.

Fra le principali implicazioni di ordine processuale di tale scelta possono ricordarsi le seguenti: *i*) può essere conseguita tutela a contenuto satisfattivo anche di situazioni di vantaggio differenziate degli attori passivi, purché scaturite dalla medesima prassi operativa; *ii*) la sentenza di condanna è direttamente spendibile per l'esercizio dell'azione esecutiva in favore di ciascun attore passivo; *iii*) il soggetto che agisce in giudizio deve proteggere adeguatamente i diritti degli attori passivi; *iv*) a ciascuno di questi ultimi deve inoltre garantirsi il diritto di recedere dall'azione, sia *in limine litis*, sia in occasione della sua conciliazione, nonché di essere informato della sua pendenza, dei suoi principali sviluppi e dei loro diritti, compreso ovviamente quello di recesso; *v*) il giudice stesso è altresì tenuto a verificare d'ufficio che gli attori passivi non siano indebitamente pregiudicati.

Questo sistema, originatosi negli Stati Uniti⁷, si è andato diffonden-

⁷ Sulla storia delle evoluzioni della *class action* negli Stati Uniti cfr., per es., S.

do nelle legislazioni europee: se ne trova oggi riscontro, ad esempio, con varianti minime, in Inghilterra⁸, Norvegia⁹, Danimarca¹⁰, Belgio¹¹, Bulgaria¹², Spagna¹³ e Portogallo¹⁴.

Si deve tuttavia rimarcare che il sistema dell'azione di classe si può dimostrare efficiente soprattutto a causa delle implicazioni che comporta sul piano degli incentivi laddove si accompagna, anche se solo indirettamente, a un più sofisticato regime di responsabilità per le spese che, pur non necessariamente prevedendo che la parte attrice risponda per la soccombenza, soprattutto contempla che in caso di soccombenza del convenuto, ma solo in tal caso, la quantificazione degli onorari a suo carico sia incrementata in ragione dell'ampiezza del gruppo interessato: tale meccanismo, infatti, assicura una più efficiente allocazione delle risorse giurisdizionali accentuando la rilevanza dell'apparenza di fondatezza della domanda nella scelta dell'iniziativa processuale¹⁵.

Una volta preso in considerazione in maniera più puntuale l'obiettivo dell'efficienza dell'amministrazione della giustizia, un'ulteriore op-

Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven, 1987; G. Hazard, J. Gédéon e S. Soble, *An Historical Analysis of the Binding Effects of Class Suits*, in 146 *University of Pennsylvania Law Review*, 1986, 1849 ss.; R. Bone, *Personal and Impersonal Litigative Forms: Reconceiving the History of Adjudicative Representation*, in 70 *Boston University Law Review*, 1990, 213 ss.; da una prospettiva europea v., *si vis*, Giussani, *Studi*, cit., 23 ss.; sulle più recenti vicende v. R. Marcus, *Revolution v. Evolution in Class Action Reform*, in 96 *North Carolina Law Review*, 2018, 903 ss.

⁸In base al *Consumer Rights Act* del 2015.

⁹In base alla disciplina del *Gruppessøksmål*, di cui *Kapittel 35* della *Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)* introdotta nel 2005.

¹⁰In base alla disciplina del *Gruppessøgsmål*, di cui al *Kapitel 23a* introdotto del 2008 nel *Retsplejeloven*.

¹¹In base al *Titre 2* del *Livre XVII*, introdotto nel 2014 nel *Code de droit économique*.

¹²In base al *Глава 33* del *Граждански процесуален кодекс* introdotto nel 2007.

¹³In base agli artt. 11, 221, 222, 256 e 519 della *Ley de enjuiciamiento civil* introdotta nel 2000.

¹⁴In base alla *lei 83/95* del 31 agosto 1995.

¹⁵Nell'esperienza statunitense questo genere di meccanismo opera sovente tramite finzioni, in maniera indiretta ma relevantissima (v., per un esame più approfondito della questione e per i relativi riferimenti, Giussani, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., 132 ss.).

zione segue di conseguenza, in forza del generale principio secondo cui gli incentivi devono ricadere principalmente sul soggetto posto nella condizione migliore per decidere in maniera informata¹⁶, in tema di legittimazione ad agire. Dato che per la valutazione di apparenza di fondatezza della domanda il soggetto meglio qualificato è il difensore tecnico, e che puntualmente deve essere lui premiato o punito in ragione dell'esattezza della sua prognosi in sede di liquidazione degli onorari di difesa, non sussistono infatti ragioni per limitare la legittimazione ad agire alla formazione sociale: può essere sufficiente l'iniziativa di un singolo appartenente alla categoria che sia rappresentativo non in quanto destinatario di consensi, ma meramente in quanto suo campione esemplificativo¹⁷.

4. *Garanzia dell'azione e mercato del servizio legale*

L'esperienza soprattutto nordamericana in tema di azione di classe ha tuttavia incontrato difficoltà di recezione negli ordinamenti europei, soprattutto a causa di pregiudizi di ordine culturale, di cui si trova riscontro in vari documenti degli organi dell'Unione¹⁸.

¹⁶In proposito valga un riferimento ai classici contributi di G. Calabresi, *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970, 135 ss.; G. Calabresi e A.D. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in 85 *Harvard Law Review*, 1972, 1093 ss.

¹⁷In ordine ai tali temi si conceda un rinvio all'analisi svolta in A. Giussani, *Il consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 525 ss. (e cfr. in precedenza Giussani, *Studi cit.*, 407 ss.).

¹⁸Particolarmente sconcertante per la sua estrema radicalità è apparsa la risoluzione del Parlamento Europeo del 2 febbraio 2012, intitolata *Verso un approccio europeo comune in materia di ricorsi collettivi*, sulla quale v. già, per rilievi critici, *si vis*, A. Giussani, *L'azione di classe: un primo bilancio*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1191; più sfumata è peraltro la successiva *Recommendation on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violation of rights granted under Union law*, 2013/396/EU, ove si ammette la tutela degli attori passivi quando la giustifichi l'interesse per l'amministrazione della giustizia; cfr., nel senso che tale interesse debba potersi riscontrare molto facilmente, lo *Statement of the Euro-*

Il maggior punto di attrito concerne la deroga al divieto di agire in giudizio a tutela di diritti altrui: talvolta si ritiene che ciò sia incompatibile con la garanzia dell'azione individuale; talvolta si lamenta la trasformazione della funzione della difesa tecnica che ne deriva, da professione liberale a impresa commerciale; talvolta si afferma che il diritto sostanziale ne risulta trasformato anziché pienamente attuato.

Sotto il primo profilo, però, l'obiezione è scarsamente compatibile con la diffusa previsione nei vari ordinamenti di fenomeni di legittimazione straordinaria senza litisconsorzio necessario in casi in cui sussista cointeressenza all'esito favorevole della lite, e soprattutto può concernere solo il particolare fenomeno, confinato anche nell'esperienza nordamericana a fattispecie molto particolari, dell'azione di classe in cui sia del tutto escluso il diritto di recesso¹⁹. Laddove all'attore passivo siano invece assicurate le protezioni sopra menzionate, infatti, non si intravedono ostacoli significativi alla configurazione, sia pure solo per effetto di esplicita disposizione di legge in tal senso, di un consenso tacito sufficiente a escludere che timori di contrasto con la garanzia costituzionale dell'azione possano essere davvero presi sul serio in via generale²⁰.

Sotto il secondo profilo, non si può negare che l'azione di classe costituisca una modalità particolarmente aggressiva di offerta sul mercato del servizio legale. Tuttavia l'evoluzione del settore, in linea del resto con le indicazioni del diritto dell'Unione, è indirizzata verso l'incremento della competitività, a cui il meccanismo premiale della retribuzione della difesa tecnica nell'azione di classe in stile nordamericano non potrebbe che concorrere.

Se allora si considera la questione dell'inevitabile ritardo di preparazione tecnica nella gestione di azioni di classe dell'avvocatura e della ma-

pean Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims, Vienna, 2014, 42.

¹⁹L'impedimento assoluto del diritto di recesso sembra invero il principale aspetto della disciplina nordamericana da ritenersi del tutto incompatibile con le garanzie costituzionali italiane, potendosi tutt'al più condizionarlo all'accettazione del convenuto (si conceda in proposito un ulteriore rinvio alle considerazioni già svolte in Giussani, *Studi*, cit., 380 ss.).

²⁰Salvo poterlo magari essere in qualche particolare ordinamento per ragioni ad esso specifiche: v., per un'analisi delle implicazioni per la Francia della pronuncia del *Conseil constitutionnel* del 25 luglio 1989, n. 89-257, S. Guinchard, *Une class action à la française?*, in *Rec. Dalloz*, 2005, 2180 ss.

gistratura del continente europeo, rispetto a quelle nordamericane, l'introduzione del sistema in discorso si dimostra, più che un problema, una soluzione: soltanto attraverso un'esperienza applicativa propria in materia di azioni di classe, infatti, le giurisdizioni europee, e le relative avvocature, possono conservare, rispettivamente, sovranità e competitività; altrimenti quote crescenti di contenzioso sono destinate a trovare altra sede. Ovviamente la soluzione di deviare il contenzioso seriale verso sedi diverse da quella della giurisdizione nazionale può risultare preferibile per alcuni degli attori in gioco, ma è chiaro che non può non risulterne penalizzata quanto meno l'accuratezza dell'applicazione della legge.

A tale ultimo proposito, però, alcuni specifici chiarimenti si rendono opportuni, in relazione all'impatto dell'esigenza di contemperare l'ampliamento dell'accesso alla giustizia derivante dall'azione di classe, e di conseguenza del grado di effettività della norma sostanziale, con gli obiettivi di massimizzazione del rapporto fra risultati applicativi conseguiti e risorse dell'amministrazione della giustizia impiegate allo scopo.

5. Effetti sul diritto sostanziale

A proposito del terzo profilo di critica del sistema dell'azione di classe in stile nordamericano, infatti, si rende necessario il preliminare chiarimento che non può considerarsi distorsivo del diritto sostanziale l'effetto derivante dall'ampliamento dell'accesso alla giustizia in quanto tale, nonostante che possa apparire tale da un punto di vista di una teoria monista dell'azione di tipo estremo, portata a disconoscere realtà giuridica alla situazione sostanziale di vantaggio finché questa non sia concretamente riconosciuta in sede giurisdizionale. In tale prospettiva, infatti, il diritto sostanziale non può comunque mai dirsi distorto dall'applicazione giurisdizionale, proprio perché a monte di essa non esiste: tutt'al più si può evincere che la norma processuale non si distingue da quella sostanziale, magari ai fini della sua applicazione in ragione del tempo e dello spazio, ma non certo negare che contribuisca ad applicarla più efficacemente²¹.

²¹ Ad analoghi esiti conduce lo spostamento della linea di confine tra diritto sostanziale e processuale (v., per es., nel senso che l'introduzione dell'azione di classe abbia

Può inoltre darsi che l'aggregazione delle domande, in particolari contesti in cui assuma rilevanza giuridica la portata collettiva di una fattispecie, contribuisca a facilitare l'assolvimento dell'onere della prova. Anche, in tal caso, però, il risultato che ne discende corrisponde a un'applicazione della norma sostanziale relativamente più esatta, anche solo perché si riduce correlativamente la sfera di applicazione di regole di ripartizione dell'incertezza intorno ai fatti di minore corrispondenza alla realtà²².

Vi è tuttavia un aspetto dell'esperienza applicativa delle azioni di classe come strumenti di economia processuale che presenta effetti potenzialmente distorsivi: quello derivante dalla standardizzazione della risoluzione delle questioni differenziate la cui decisione sia indispensabile per la tutela dei diritti degli attori passivi. Naturalmente nulla impedisce in astratto di limitare la portata soggettiva dell'azione di classe ai soli di titolari di pretese che non richiedano soluzione di questioni differenziate²³, ma in tal caso si fa dipendere l'applicazione dell'istituto dalla volontà del convenuto, dato che all'introduzione di questioni differenziate questi può agevolmente provvedere sollevando opportune eccezioni, o anche semplicemente contestazioni differenziate.

In alternativa si può limitare oggettivamente la cognizione dell'azione di classe alle sole questioni indifferenziate (come accade nella particolare soluzione adottata in Germania²⁴), ma in tal caso l'eventuale pro-

portata sostanziale perché le questioni di legittimazione ad agire concernerebbero il merito. C. Punzi, *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 268 s.; d'altronde la distinzione fra diritto sostanziale e processo presenta in molte culture elementi di strumentalità, v. i classici rilievi di V. Denti, *Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 64 ss.).

²² Il precedente di riferimento in materia, nell'esperienza statunitense, è il celebre *In re "Agent Orange" Prod. Liab. Litig.*, 597 *Federal Supp.* 740 (E.D. N.Y. 1984): in proposito cfr. D. Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: a "Public Law" Vision of the Tort System*, in 97 *Harvard Law Review*, 1984, 851 ss.; P. Schuck, *Agent Orange on Trial*, Cambridge, 1987, 268 ss.; J. Weinstein, *Individual Justice in Mass Tort Litigation*, Evanston, 1995, 150 s.

²³ V., per es., nel senso che andrebbero esclusi dalla classe i destinatari di eccezioni personali, S. Menchini e A. Motto, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1421.

²⁴ Il riferimento è alla *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*, già menzionata nella nota 1, *supra*.

nuncia di condanna si presenta spesso con riserva di eccezioni la cui deduzione può fondare la sospensione dell'esecuzione del provvedimento in favore dell'attore passivo²⁵. Pertanto, sembra preferibile piuttosto immaginare che soltanto le eccezioni manifestamente infondate, in quanto tali inidonee a giustificare la detta sospensione, possano considerarsi inammissibili nell'azione di classe e quindi deducibili solo successivamente, in sede di opposizione alla esecuzione ovvero in via di accertamento negativo ordinario della pretesa individuale²⁶, dato che l'opzione della inammissibilità di qualsivoglia questione differenziata rischia di pregiudicare considerevolmente l'efficienza dell'istituto nell'attuazione della norma sostanziale.

Naturalmente anche la standardizzazione della risoluzione di questioni differenziate presenta un costo in termini di accuratezza dell'attuazione della norma sostanziale: tipicamente, risarcimenti la cui liquidazione su base individuale sarebbe diversa, in sede di azione di classe possono liquidarsi in maniera uniforme per abbattere il costo processuale della loro determinazione precisa. Ciò accade invero soprattutto quando il contenzioso viene definito tramite una conciliazione globale, ma tale possibilità si può ritenere praticabile anche ai fini dell'accertamento giudiziale²⁷.

²⁵ In favore della configurazione della condanna con riserva di esame delle eccezioni personali v., per es., A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli, 2013, 644.

²⁶ Per questa proposta v. già A. Giussani, *Aggregazione di cause e aggregazione di questioni nel contenzioso di serie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 283; prospetta invece che siano conosciute nell'azione di classe le eccezioni manifestamente infondate, e vengano esclusi dalla classe i destinatari delle altre, R. Donzelli, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, 268 (così però si costringe comunque il giudice dell'azione di classe a un esame almeno sommario delle eccezioni, e senza neppure deciderne il merito quando queste siano infondate ma non risultino manifestamente tali; disporre invece, in presenza di eccezioni non manifestamente infondate, non l'esclusione del destinatario dalla classe, ma la condanna con riserva, sarebbe una soluzione più ragionevole, ma come si è appena detto anch'essa non priva di inconvenienti dal punto di vista del rischio di duplicazione dei procedimenti; cfr. anche la nota precedente).

²⁷ V., esplicitamente, da ult., nell'esperienza statunitense, *Tyson Foods, Inc. v. Bouaphakeo*, 136 S. Ct. 1036 (2016) (ove si pone piuttosto il problema della attribuzione del risarcimento a soggetti che non abbiano subito alcun danno: cfr. in proposito il § 7, *infra*).

Invero, l'idea che la tutela giudiziale del consumatore presenti costi sproporzionati rispetto ai valori in gioco, e pertanto meriti l'introduzione di meccanismi di respingimento dall'accesso alla giustizia²⁸, in via temporanea (condizionando la giurisdizione al previo svolgimento di tentativi di conciliazione stragiudiziali, o addirittura di arbitrati) o persino definitiva (magari negando meritevolezza di tutela a pretese di modico valore in base alla massima *minima non curat praetor*), deve ritenersi in quanto tale scarsamente compatibile (specie se il respingimento è definitivo) proprio con la garanzia costituzionale dell'azione²⁹, ma il criterio della ragionevole proporzionalità dell'accuratezza dell'accertamento, da ritenersi invece del tutto coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento³⁰, può solidamente giustificare il tipo di approssimazione di cui si va discorrendo.

In proposito merita rilevare che la standardizzazione limita considerevolmente i costi che il convenuto soccombente dovrebbe sostenere se le pretese degli attori passivi fossero tutte puntualmente liquidate, non solo perché si riduce il costo dell'accertamento in quanto tale: mediamente, infatti, i risarcimenti liquidati in via standardizzata sono assai inferiori a quelli liquidati individualmente, perché l'aggregazione opacizza i fattori di incremento della liquidazione ben più dei fattori di riduzione³¹. Tale fenomeno, poi, si accentua ulteriormente allorché siano risarcibili

²⁸ Si riprende l'espressione usata da B. Capponi, *Salviamo la giustizia civile*, Milano, 2015, 121.

²⁹ Ha destato scalpore Cass., 3 marzo 2015, n. 4228 (in *Corr. giur.*, 2016, 251, con nota critica di A. Panzarola, *Davvero il diritto di azione (art. 24, comma 1, Cost.) dipende dal valore economico della pretesa?*), ove si è negato l'interesse all'azione esecutiva per somme "minime"; la decisione si giustificava tuttavia su basi affatto diverse, rilevando non l'ammontare della somma, ma il difetto di previa intimazione di pagamento (cfr. Cass., 15 dicembre 2015, n. 25224, in *Pluris*), e la giurisprudenza successiva ha seccamente escluso che analoghe conclusioni possano prendersi con riferimento all'azione di cognizione (cfr. Cass., 20 gennaio 2017, nn. 1565 e 1566, Cass., 25 gennaio 2017, n. 1925, Cass., 27 gennaio 2017, n. 2168, tutte in *Pluris*).

³⁰ E considerato ragionevole anche da chi è meno favorevole al primato dell'efficienza dell'amministrazione della giustizia (v., per es., per l'osservazione che si tratta di "questione di buon senso e misura", Panzarola, *op. cit.*, 257).

³¹ Si tratta di un fenomeno identificato da tempo: v. già J. Kakalik, P. Ebener, W. Felstiner, G. Haggstrom e M. Shanley, *Variation in Asbestos Litigation Compensation and Expenses*, Los Angeles, 1984, 61 ss.; P. Glaser, *Management of Complex Mass Tort Litigation: Preparing for Trial*, New York, 1986, 475.

danni punitivi: benché in Europa ricorra l'idea che l'azione di classe nordamericana sia un veicolo per aumentare la responsabilità del convenuto, è infatti vero, anche in siffatte occasioni, l'esatto contrario³², salva l'implicazione dell'abbattimento degli ostacoli all'accesso alla giustizia (i quali però non riducono la sfera di responsabilità giuridica del convenuto, ma si limitano a impedire in via di mero fatto che questa venga dichiarata dal giudice).

La standardizzazione dell'accertamento delle questioni differenziate, dunque, produce un effetto sostanziale di portata consumativa a carico degli attori passivi. Ne consegue che, ferma la premessa che si debba salvaguardare il loro diritto a sfuggire a tale effetto mediante il recesso dall'azione di classe, al consenso tacito derivante dal mancato recesso il legislatore può anche attribuire l'effetto di implicare una rinuncia alla precisione dell'accertamento delle questioni differenziate, configurandosi di solito come disponibile il diritto del consumatore al ristoro del pregiudizio subito.

6. Conciliazione collettiva

Quanto appena osservato in ordine alla normale disponibilità del diritto vantato dal consumatore impone poi di dedicare speciale attenzione al rapporto fra azione di classe e conciliazione. Occorre infatti sottolineare che il più importante utilizzo pratico dell'istituto consiste proprio nella creazione di un veicolo per porre in essere composizioni amichevoli *uno actu* dell'intero contenzioso seriale.

Va da sé che la portata radicalmente consumativa della conciliazione impone di prevedere speciali salvaguardie a protezione degli attori passivi, laddove il legislatore accetti che l'accordo possa vincolarli anche se negoziato in loro assenza dalla parte promotrice dell'azione di classe. In tale prospettiva si può ad esempio permettere anche a tali fini che operi l'accettazione tacita a seguito di notifica dell'evento e

³² Invero nell'esperienza statunitense le parti convenute preferiscono che le pretese relative a *punitive damages* siano concentrate nell'azione di classe (v., per un'analisi del tema, per es., R. Nagareda, *Mass Torts in a World of Settlement*, Chicago, 2007, 140 ss.).

di un nuovo termine di recesso dall'azione di classe, combinata alla subordinazione degli effetti a un'omologazione giudiziale dell'accordo che ne attesti la ragionevolezza ed alla facoltà degli attori passivi di sollevare contestazioni sul punto e impugnare in proprio l'omologazione che le abbia disattese.

Si può naturalmente anche scegliere di negare del tutto l'efficacia nei loro confronti della conciliazione negoziata dall'attore di classe, o subordinarla alla loro esplicita accettazione³³. Opzioni di questo genere possono giustificarsi soprattutto quando si ritenga che la dimensione seriale di un contenzioso attribuisca rilevanza pubblicistica alla sua risoluzione giudiziale, e in tal caso è altresì coerente prevedere che alla parte promotrice dell'azione di classe possa succedere in via di riasunzione nel corso del procedimento altro attore passivo rappresentativo³⁴.

Laddove, per converso, sia particolarmente apprezzata la funzione dell'istituto come veicolo conciliativo può ammettersene l'esperimento anche in casi in cui non sarebbe possibile rendere una decisione di merito sull'azione di classe. In dette circostanze la forza di contrattazione delle parti appare invero alquanto sperequata, ma si può immaginare che la facoltà di recesso e il requisito dell'omologazione giudiziale possano svolgere una sufficiente funzione protettiva³⁵.

In tali ipotesi è inevitabile che gli effetti redistributivi dell'aggrega-

³³V., per es., per argomenti in favore di questo genere di soluzione, J. Bronsteen, *Class Action Settlements: An Opt-in Proposal*, in *University of Illinois Law Review*, 2005, 903 ss. (naturalmente con implicazioni ben diverse da quelle della previsione di oneri di adesione all'azione di classe stessa, in presenza dei quali un'ulteriore adesione alla soluzione conciliativa può anzi apparire ridondante: cfr., a proposito delle azioni di classe "spurie", il § 8, *infra*).

³⁴In proposito cfr. per es. gli sviluppi proposti da Donzelli, *op. cit.*, 190 ss.; sistemi del genere si rinvencono, per es., nelle classiche discipline dell'*actio popularis* ancora previste negli art. 117 ss. r.d. 5 febbraio 1891, n. 99, relativi ai casi di cui agli art. 82 e 83 l. 17 luglio 1890, n. 6972 (cfr., *si vis*, Giussani, *Azioni collettive, cit.*, 182).

³⁵Questa soluzione, non sempre avallata nell'esperienza statunitense (v. però, in senso favorevole, ancora le indicazioni rinvenibili nei *Principles of the Law. Aggregate Litigation, As Adopted and Promulgated by The American Law Institute at Washington, D.C., May 20, 2009*, St. Paul, 2010, 212 ss.), ha trovato tuttavia riscontro nella disciplina olandese del *Wet collectieve afwikkeling massaschade*, introdotta nel 2005.

zione poc' anzi messi in evidenza si intensifichino ulteriormente, ma vale nella sostanza il medesimo genere di considerazione: il grado di imprecisione nell'attuazione della norma sostanziale che ne risulta è comunque inferiore a quello che si presenterebbe se l'aggregazione in discorso fosse inammissibile. In ultima analisi, così come sul versante delle trasformazioni a cui induce la professione forense a cui si è già accennato, anche sul versante dell'accuratezza dell'attuazione della norma sostanziale l'aggregazione permette quel tipo di efficientamenti che sono propri dell'attività imprenditoriale, ma di cui è nell'interesse generale che possa profittare anche l'amministrazione della giustizia.

In via di metafora, introdurre l'azione di classe in una giurisdizione che ne sia priva equivale a permettere, in una città in cui il trasporto pubblico sia riservato ai taxi, la facoltà di offrirlo anche tramite servizio di autobus: benché il nuovo mezzo sia più lento e difficile da guidare, il traffico nel suo complesso ne riesce considerevolmente snellito, e ciò anche per chi continua a fruire del taxi, e ciò nonostante che il trasporto risulti con ciò fruibile da un maggior numero di soggetti, avendovi accesso anche chi sia interessato a una destinazione e, pur non potendo o volendo pagare la cifra richiesta dal mezzo individuale, possa e voglia investire una cifra inferiore per arrivare, più lentamente e con minori comodità, se non esattamente al luogo desiderato, almeno nella stessa zona³⁶.

7. *Tipi di azione di classe*

Quanto finora esposto impone peraltro un chiarimento: laddove l'azione di classe sia esperibile, oltre che ai fini della tutela dei consumatori titolari di pretese di modico valore, anche come generale istituto del processo, la sua configurazione deve articolarsi in ragione di svariati elementi sin qui dati per scontati. Di speciale rilevanza, a tale proposito, è la distinzione che si deve compiere fra quelle che si designano qui

³⁶ Si è proposta questa metafora già in A. Giussani, *Modelli extraeuropei di tutela collettiva risarcitoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1257 ss., ma su questo specifico punto cfr. da ult. Giussani, *Aggregazione*, cit., 1284.

come azioni di classe olistiche, in contrapposizione a quelle che debbono correlativamente intendersi come azioni di classe discrete³⁷.

Per chiarire cosa s'intenda, occorre riprendere in considerazione la principale *ratio* dell'introduzione dell'azione collettiva che si è enunciata all'esordio di quest'analisi: può considerarsi olistica l'azione di classe con cui si facciano valere pretese la cui tutela in via individuale presenti un costo unitario superiore al valore della sua utilità per ciascuno degli interessati, o sia comunque per qualche motivo di fatto impossibile (ad esempio per effetto dell'eventuale difficoltà, cui si è accennato in precedenza, di assolvimento dell'onere della prova). Tuttavia detta caratteristica non costituisce necessariamente criterio di ammissibilità dell'azione di classe, sicché in ogni altro caso in cui è ammissibile l'azione di classe deve ritenersi discreta, ossia scevra dell'aspetto che attribuisce alle pretese aggregate una qualità (la tutelabilità in via di fatto) che a queste ultime prese singolarmente non appartiene.

A proposito di tale distinzione può anzitutto osservarsi che la garanzia dell'effettività dell'accesso alla giustizia è rilevante per le classi olistiche o miste, ma non per quelle discrete, la cui funzione dominante consiste quindi nell'abbattimento del costo complessivo del contenzioso seriale e nel conseguente efficientamento dell'amministrazione della giustizia. Ne consegue, ad esempio, che per un verso sia assai più facile accettare che l'azione di classe abbia funzione meramente conciliativa, e che possa procedersi alla risoluzione standardizzata delle questioni differenziate, quando l'azione sia olistica o mista, e per altro verso sia almeno relativamente più importante in tali occasioni, soprattutto se la classe è puramente olistica, che ad attivarsi per la protezione degli attori passivi dal rischio della collusione fra le parti attive, anche tramite ausiliari, sia il giudice del merito³⁸.

Altre distinzioni meritano poi di assumere rilevanza in vario modo. Abbastanza ovvia, ad esempio, è quella tra azioni di classe inibitorie e risarcitorie, ponendosi sovente nella seconda categoria il problema della risoluzione delle questioni differenziate anche a prescindere dalla loro introduzione ad opera del convenuto.

³⁷ Si è sviluppata questa distinzione già in Giussani, *Studi*, cit., 260 ss.

³⁸ Valga un rinvio, sull'esperienza nordamericana in proposito, alle indicazioni formulate nel *Manual for complex litigation 4th*, Washington, 2004, 329.

Maggiore acribia richiede invece, ad esempio, lo sviluppo delle distinzioni relative alla possibile inclusione nell'azione di classe di attori passivi futuri. Appare infatti opportuno, con riferimento a tale ipotesi, distinguere ulteriormente fra i casi in cui variano nel tempo i fruitori dell'utilità del provvedimento e quelli in cui varia nel tempo la loro identificabilità.

È invalso, con riferimento alla prima delle due ipotesi, l'uso di denominarla come azione di classe fluida³⁹: laddove la tutela abbia contenuto inibitorio, la spendibilità della sentenza da parte di chi abbia assunto la qualità di componente della classe dopo la sua pronuncia dipende da una sua assimilazione al successore nel diritto controverso invero non particolarmente sconcertante⁴⁰; è tuttavia accaduto anche che tale fenomeno si manifestasse per effetto di drastiche semplificazioni della standardizzazione dell'accertamento delle questioni differenziate⁴¹. Sembra naturale osservare che quest'ultima opzione si presta a essere presa in considerazione eminentemente laddove l'azione di classe sia anche olistica.

La diversa ipotesi in cui la tutela concerna soggetti rientranti nella categoria interessata sin dal momento della proposizione della domanda, ma provvisoriamente non identificabili, si denomina invece qui come azione di classe virtuale. L'esigenza di distinguerla dalla categoria precedente si manifesta osservando che possono risultare tali anche azioni di classe discrete, e che si rende necessario attribuire agli attori passivi provvisoriamente non identificabili speciali facoltà di recesso tardivo⁴².

³⁹Riferiva delle esperienze statunitensi in materia già M. Cappelletti, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 396 s.

⁴⁰La fluidità, in tal caso, corrisponde altresì alla logica dell'*actio popularis* (cfr. la nota 34, *supra*).

⁴¹Da ult. si esprime in senso sfavorevole il già menzionato precedente *Tyson Foods, Inc. v. Bouaphakeo*, 136 S. Ct. 1036 (2016), benché la soluzione fosse ancora avallata nei *Principles of the Law. Aggregate Litigation*, cit., 217 ss.; il *fluid class recovery* è peraltro contemplato per es. in Brasile (v. A. Pellegrini Grinover, *Brasil*, in D. Hensler, C. Hodges, M. Tulibacka, *The Globalization of Class Actions*, Philadelphia, 2009, 66).

⁴²Cfr. le indicazioni dei *Principles of the Law. Aggregate Litigation*, cit., 231 ss.; per la scelta lessicale dell'aggettivo "virtuale" v. già Giussani, *Studi* cit., 276 ss.