



MARCELLO GABOARDI

La «domanda» di adesione all'azione di classe: un primo inquadramento dogmatico

L'articolo esamina la figura della domanda di adesione all'azione di classe introdotta dalla nuova disciplina codicistica sullo strumento risarcitorio collettivo, indagandone gli aspetti che concorrono ad abbandonare, ad avviso dell'autore, l'impostazione teorica formatasi sull'atto di adesione nell'azione di classe dei consumatori e suggeriscono invece di inquadrarla dogmaticamente nella figura della domanda giudiziale all'interno di un giudizio a valenza endoprocedimentale.

The article explores the concept of the claim to join a class action as introduced by the new Italian legal framework governing the collective redress mechanism. It examines the elements that, in the author's view, move away from the theoretical approach traditionally associated with the so-called act of adhesion in consumer class actions, proposing instead that it should be systematically understood as a judicial claim within an endoprocedural process.

Sommario: 1. Il processo di classe e le modalità di appartenenza della classe. Vi è spazio per una struttura variabile del meccanismo regolatore dell'appartenenza alla classe? - 2. L'azione di classe come azione rappresentativa: ovvero un caso (atipico) di rappresentanza processuale volontaria anticipata e condizionata - 3. Il procedimento per l'esame delle domande di adesione: efficacia endoprocedimentale dell'accertamento compiuto dal giudice delegato - 4. Inquadramento dogmatico della domanda di adesione all'azione di classe

1. Il processo di classe e le modalità di formazione della classe. Vi è spazio per una struttura variabile del meccanismo regolatore dell'appartenenza alla classe?

La disciplina codicistica dell'azione di classe, introdotta dalla l. 12 aprile 2019, n. 31, amplia significativamente i poteri e gli oneri dei componenti della classe che intendano aderire all'azione promossa dal *named plaintiff*. In particolare, va osservato che, a differenza di quanto previsto dall'abrogata normativa sull'azione di classe in ambito consumeristico *ex art. 140-bis*, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo), la possibilità di adesione è estesa al periodo successivo alla pronuncia della sentenza di accoglimento dell'azione di classe, senza più quella restrizione al solo periodo susseguente all'adozione dell'ordinanza di ammissibilità che caratterizzava invece il regime previgente¹. Ma è soprattutto l'introduzione di un vero e

¹ Sull'evoluzione della disciplina dell'azione di classe nell'ordinamento italiano anteriormente alla riforma codicistica del 2019 v., specialmente, R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, pp. 145 ss.; ID., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, pp. 88 ss.; C. CONSOLO – B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, Padova, 2012, pp. 12 ss. Sul sistema regolato dalla disciplina in materia consumeristica v., anche in chiave critica, A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, in *Foro it.*, 2010, I, cc. 254 ss.; G. ALPA, *L'art.*

proprio procedimento autonomo di adesione, nel quale è destinata a svolgersi la deliberazione di tutte le dichiarazioni di adesione ad opera di un giudice all'uopo delegato, che viene a costituire la novità più rilevante per la formazione della classe e per l'accertamento dei diritti vantati dai suoi componenti².

Al di là delle innovazioni procedurali, che, come vedremo, assumono una considerevole importanza nella fisionomia dell'odierno giudizio di classe, sembra tuttavia innegabile che al centro di questa nuova struttura processuale vi sia quella dichiarazione di adesione da parte del *class member* che non viene più qualificata genericamente come un «atto di adesione», ma assume ora senz'altro la qualifica di «domanda». E per quanto sia noto che non poche scelte lessicali compiute dal moderno legislatore processuale civile si siano rivelate spesso imprecise se non addirittura sbagliate, è indubbio che l'impiego di una categoria così carica di significato e implicazioni teoriche come quella della *domanda* non possa non suscitare nell'interprete qualche interrogativo sulla portata e sul valore di questa scelta legislativa. Ben inteso: si tratta di interrogativi a cui si potrebbe facilmente rispondere suggerendo che, come non raramente accade, la legge processuale, pur impiegando un dato concetto, non intende qui realmente applicare la categoria giuridica che a quel concetto corrisponde. Nondimeno, questa conclusione sembra, per così dire, un po' troppo facile, dal momento che la nuova struttura del processo di classe finisce per offrire una serie di indicazioni che non sembrano impedire l'applicazione della categoria della domanda giudiziale anche alla figura della

140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, pp. 384 ss.; A. CARRATTA, *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 727 ss.; M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, pp. 115 ss.; I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, pp. 363 ss.; R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, pp. 819 ss.; S. MENCHINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in *Le azioni seriali*, a cura di S. Menchini, Napoli-Roma, 2008, pp. 55 ss.; R. POLI, *Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 38 ss.; A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, *ivi*, 2010, pp. 595 ss. Con riferimento alla riforma del 2019 v., invece, C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, pp. 714 ss.; G. Scarselli, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, in *www.judicium.it*, 2019, pp. 1 ss.

² Tra le prime approfondite letture sul nuovo procedimento di accertamento dei diritti individuali omogenei degli aderenti all'azione di classe v., specialmente, C. CONSOLO, *La terza edizione dell'azione di classe è legge ed entra nel c.p.c.: uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corr. giur.*, 2019, pp. 737 ss.; P.G. MONATERI, *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, in *Danno resp.*, 2019, pp. 312 ss.; M. BOVE, *L'aderente*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 2303 ss.; A.D. DE SANTIS, *L'adesione*, in *Foro it.*, 2019, V, cc. 356 ss.; da ultimo, v. anche R. FRATINI, *L'adesione*, in *Class action*, a cura di B. Sassani, Pisa, 2024, pp. 149 ss.

«domanda» di adesione. D'altra parte, non è meno vero che il contesto normativo che contraddistingue la partecipazione dei *class members* al procedimento di classe continua ad essere regolata secondo alcune norme positive - dall'espressa esclusione dell'acquisizione della qualità di parte alla preclusione dell'intervento volontario - che sembrano escludere la possibilità di riconoscere alla dichiarazione di adesione la qualità di una vera e propria domanda giudiziale nell'ambito del procedimento collettivo.

Ecco allora che un corretto inquadramento giuridico e processuale della dichiarazione con cui il componente della classe manifesti la volontà di aderire all'azione promossa dal *named plaintiff* non si può desumere, alla luce del vigente quadro normativo, che tenendo conto della complessa struttura del nuovo procedimento di adesione, entro cui tale dichiarazione viene a manifestarsi. Insomma, l'atto di manifestazione della volontà di adesione all'azione di classe sembra assumere, nel nuovo contesto codicistico, un'autonomia concettuale assai più marcata di quanto si potesse ritenere con riferimento alla disciplina consumeristica; ma d'altra parte, è innegabile che lo statuto giuridico di tale atto (atto o negozio giuridico a rilevanza processuale, atto processuale avente una finalità puramente informativa, vera e propria domanda giudiziale) è condizionato dal nuovo contesto processuale nel quale esso è destinato a palesarsi e, soprattutto, ad essere esaminato da un organo giudiziario.

Come noto, la disciplina italiana del processo di classe condiziona tradizionalmente l'efficacia rappresentativa della domanda proposta dall'attore all'applicazione di un meccanismo di *opt-in* da parte dei membri della classe³; un meccanismo, quest'ultimo, che caratterizzava già la disciplina della previgente azione di classe in ambito consumeristico e che, a sua volta, poteva dirsi ispirata ad un modello processuale comune all'esperienza dei principali sistemi giuridici europei continentali⁴. Nell'ordinamento italiano, una tale scelta è stata giustificata dall'esigenza di coordinare l'automatica estensione degli effetti della sentenza di accoglimento ai componenti della classe con l'immanenza del principio dispositivo in materia processuale: la capacità del provvedimento giurisdizionale di incidere sulla sfera giuridica del singolo non può dipendere, nei confronti dei componenti della classe, dalla mera applicazione del meccanismo rappresentativo che contraddistingue l'azione di classe, dal momento che la capacità estensiva degli effetti del provvedimento deve necessariamente rinvenire la propria

³ Sul punto v., espressamente, anche se con. accenti diversi, M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, cit., p. 120; R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., 829; M. BOVE, *L'aderente*, cit., pp. 2304-2305; A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., pp. 601 ss. Cfr. anche A.D. DE SANTIS, *L'adesione*, cit., p. 357.

⁴ Cfr., specialmente, R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., pp. 76 ss.; R. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, cc. 386 ss.

giustificazione in una manifestazione della volontà di far valere giudizialmente il diritto soggettivo (omogeneo) di cui ciascun *class member* si affermi titolare⁵.

Vi è da chiedersi come venga giustificata, negli ordinamenti giuridici in cui prevale la regola opposta dell'*opt-out*, la capacità della sentenza di accoglimento di estendere i propri effetti nei confronti dei componenti della classe quantunque essi non abbiano espressamente manifestato la volontà di aderire all'iniziativa processuale del *named plaintiff*. È evidente come, in tali ordinamenti, in cui è senza dubbio presente la garanzia dell'iniziativa processuale di parte⁶, il rischio che l'azione di classe finisca per operare una modifica (seppure in termini vantaggiosi) della sfera giuridica dei membri della classe in assenza di qualsiasi consenso sia prevenuto dall'attribuzione ad essi del potere di esprimere la volontà d'essere escluso dal novero dei beneficiari della sentenza⁷. Di talché, la volontà di accettare l'azione di classe e gli effetti della decisione giudiziale viene ad essere implicita nell'omessa manifestazione della volontà di rinunciare ad avvalersi dell'azione di classe⁸. La condizione in cui versa il *class member* si rivela, dunque, del tutto analoga in entrambe le situazioni determinate dagli opposti meccanismi con cui si perfeziona l'effetto rappresentativo dell'azione di classe: anche il meccanismo dell'*opt-out*, infatti, si viene a giustificare con la medesima esigenza di ottenere un consenso del *class member* alla disposizione (indiretta) della propria sfera giuridica che sta

⁵ Sul punto v., in generale, P. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, pp. 2224 ss. e, per osservazioni più puntuali, I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis*, cit., p. 367.

⁶ Per la «*necessary parties rule*» nel sistema processuale civile nordamericano, in forza della quale «*all persons materially interested, either as plaintiff or defendants in the subject matter of the bill ought to be made parties to the suit, however numerous they may be*», v. *Califano v. Yamasaki*, 442 U.S. 682, 700-701 (1979). Ma v. già *West v. Randall*, 29 F. Cas. 718 (1820), secondo cui «*the court may be enabled to make a complete decree between the parties, may prevent future litigation by taking away the necessity of a multiplicity of suits, and may make it perfectly certain, that no injustice shall be done, either to the parties before the court, or to others, who are interested by a decree, that may be grounded upon a partial view only of the real merits*».

⁷ Nel dibattito nordamericano v., per tutti, S.C. YEAZELL, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven and London, 1987, 7 ss.; ID., *Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action*, 77 Colum. L. Rev. 866 (1977); J.C. COFFEE Jr., *Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation*, 100 Colum. L. Rev. 370 (2000). Sia consentito, anche per maggiori richiami sul punto, il rinvio a M. GABOARDI, *Il concorso delle azioni*, II, Milano, 2024, pp. 321 ss.

⁸ Il punto è trattato specialmente nei seguenti lavori: D.L. SHAPIRO, *Class Actions: The Class as Party and Client*, 73, Notre Dame L. Rev. 913 (1998); A.R. MILLER, *Comment, Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the "Class Action Problem"*, 92 Harv. L. Rev. 664 (1979); ID., *Keynote Address: The American Class Action: From Birth to Maturity*, 19, Theoretical Inq. in Law 1 (2018); D.W. HUTCHINSON, *Class Actions: Joinder or Representational Device?*, 1983, Sup. Ct. Rev. 459; v. anche J. RESNIK, *From "Cases" to "Litigation"*, 54 L. & Contemp. Probs. 5 (1991).

alla base del meccanismo dell'*opt-in*, quantunque nel caso dell'*opt-out* la volontà di aderire all'azione di classe si possa solo desumere implicitamente dall'omessa manifestazione della volontà di uscire dalla classe (a cui il singolo appartiene senza bisogno di alcuna espressa adesione). Tali meccanismi si vengono a distinguere piuttosto sul piano dell'efficienza processuale, dal momento che, là dove il procedimento di classe è governato dal principio dell'*opt-out*, non si rende necessaria alcuna attività giudiziale di delibazione delle singole situazioni giuridiche soggettive dei componenti della classe; è in rapporto, tutt'al più, a quelle sole pretese contestate dal *defendant* in sede di esecuzione della sentenza (o, più spesso, del *settlement agreement*) che può insorgere l'interesse ad agire per l'accertamento del singolo diritto soggettivo contestato (in quanto si ritiene che esso non sia omogeneo con quello del rappresentante della classe). E proprio sul piano della scarsa efficienza del rimedio giurisdizionale collettivo costruito secondo il modello dell'*opt-in*, non si è mancato di osservare, in rapporto alla nuova disciplina codicistica dell'azione di classe italiana, come la principale ragione dell'insuccesso pratico del rimedio *de quo* sia costituita dal fatto che il pieno conseguimento del suo risultato sostanziale (a cominciare dal risarcimento dei danni subiti dagli aderenti) sia condizionato appunto all'espletamento delle attività di verifica delle singole situazioni giuridiche soggettive facenti capo agli aderenti⁹.

Nondimeno, non si può trascurare come, nel dibattito dottrinale nordamericano, l'adozione del meccanismo dell'*opt-out*, che costituisce un tratto caratteristico della *class action* regolata dalle norme federali¹⁰, non sia andato esente, a sua volta, da critiche. In particolare, è stata sottolineata l'importanza di una espressa manifestazione della volontà del *class member* di aderire all'azione di classe in ragione della preclusione che, in quel sistema giuridico, subisce l'iniziativa individuale del componente della classe a seguito della *class certification*¹¹. L'obiezione che, dunque, più frequentemente si muove al meccanismo dell'*opt-out* è quella di costituire «*a poor proxy for consent*»¹², non potendosi sempre affermare che il mancato esercizio del diritto di *opt-out* sia espressione univoca della volontà del componente di rimanere all'interno della classe: del resto, che la rinuncia all'azione individuale e, più in generale, le conseguenze dell'appartenenza alla classe dipendano dalla mera inattività del

⁹ Con riferimento al dibattito dottrinale italiano v., specialmente, B. SASSANI, *Presentazione*, in *Class action*, cit., XIV; A.D. DE SANTIS – B. SASSANI, *Il lungo e mesto addio all'azione di classe consumeristica, con un bagliore all'orizzonte*, in *Foro it.*, 2024, I, cc. 290 ss.

¹⁰ Sulla *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* v., per tutti, A.R. MILLER, *Keynote Address: The American Class Action: From Birth to Maturity*, cit., pp. 7 ss.

¹¹ La critica è stata espressa soprattutto da S. DODSON, *An Opt-In Option for Class Actions*, 115 Mich. L. Rev. 171 (2016); Id., *Party Subordinance in Federal Litigation*, 83 Geo. Wash. L. Rev. 1 (2014)

¹² Le parole tra virgolette sono tratte da S. DODSON, *An Opt-In Option for Class Actions*, cit., p. 178.

singolo è una scelta che oggettivamente deve sopportare il rischio - non sempre collocabile entro i limiti della ragionevolezza - della incomprendione o della mancata ricezione della notifica dell'avvenuta *class certification* da parte dei singoli componenti della classe¹³. E ciò senza considerare l'ulteriore rischio - ben avvertito nel sistema processuale nordamericano - che è insito nell'interesse del *class counsel* a non incentivare l'esercizio del diritto di *opt-out* da parte dei *class members* allo scopo non solo di massimizzare il proprio compenso (dal momento che le *fees* sono solitamente proporzionate alle dimensioni della classe), ma anche allo scopo ulteriore di rinsaldare lo *sweetheart deal* eventualmente concluso con il *defense counsel* a condizioni subottimali per i membri della classe¹⁴.

In definitiva, entrambi i modelli presentano, com'è naturale, sia luci che ombre; di qui, l'idea assai suggestiva, avanzata soprattutto nel dibattito statunitense, di modulare la dicotomia *opt-in* e *opt-out* in funzione delle caratteristiche e delle finalità concrete della *class action*¹⁵. Qualora l'azione funga da rimedio contro illeciti che sarebbe remunerativo azionare anche individualmente, in quanto caratterizzati (come nel caso delle lesioni personali) da fattispecie costitutive distinte e da richieste risarcitorie singolarmente cospicue, l'appartenenza alla classe può essere efficacemente condizionata alla manifestazione di un'adesione espressa: in questi casi, cioè, l'applicazione dell'opposto meccanismo dell'*opt-out*, con i correlati rischi di incomprendione o di mancata ricezione della notifica della *class certification*, finisce, da un lato, per favorire l'esercizio dell'azione individuale da parte dei *class members* (sottraendo così le relative pretese al processo di classe) e, dall'altro lato, per rendere comunque più incerto il vaglio giudiziale sui requisiti di ammissibilità dell'azione collettiva¹⁶. Qualora, invece, l'azione di classe operi come un rimedio contro situazioni lesive contraddistinte da una marcata eterogeneità in quanto incidenti in misura diversa sui singoli interessi dei componenti

¹³ Cfr. S. DODSON, *An Opt-In Option for Class Actions*, cit., 195 ss.; R.H. KLONOFF, *Class Actions in the Year 2026: A Prognosis*, 65 Emory L. J. 1569 (2016).

¹⁴ Su questi aspetti v. ancora S. DODSON, *An Opt-In Option for Class Actions*, cit., 186 ss., secondo cui nei *sweetheart deals* il convenuto «*offers a high fee award to class counsel to induce class counsel to sell a less-than-warranted settlement package to uninformed class members*»; B. HAY – D. ROSENBERG, «*Sweetheart*» and «*Blackmail*» Settlements in Class Actions: Reality and Remedy, 75 Notre Dame L. Rev. 1377 (2000).

¹⁵ L'idea è stata suggerita particolarmente da S. DODSON, *An Opt-In Option for Class Actions*, cit., p. 188; in precedenza v. anche M.H. Redish, *Wholesale Justice: Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Lawsuit* 131 (2009); J.P. DAVIS et al., *The Puzzle of Class Actions with Uninjured Members*, 82 Geo. Wash. L. Rev. 858, 871 (2014), secondo cui «*class members with large claims, particularly if they are sophisticated litigators, may be capable of opting out of class proceedings and litigating on an individual basis*», mentre «*[c]lass members with small claims ... generally will not opt out of a class action or object to how it proceeds*».

¹⁶ V. S. DODSON, *An Opt-In Option for Class Actions*, cit., p. 188; J.P. DAVIS et al., *The Puzzle of Class Actions with Uninjured Members*, cit., p. 871.

della classe, l'applicazione del meccanismo dell'*opt-in* tende a disincentivare l'adesione da parte di quei soggetti che possano vantare soltanto pretese economicamente modeste o addirittura irrisorie (tali cioè da non indurre a sostenere né i costi dell'adesione né, *a fortiori*, quelli dell'azione individuale), mentre l'applicazione del meccanismo dell'*opt-out*, così come garantisce a questi ultimi che il coinvolgimento delle loro pretese nel giudizio di classe si realizzi senza la necessità di sostenere alcun costo, assicura ai componenti della classe che vantino pretese economicamente più consistenti la persistente possibilità di (sottrarsi al giudizio collettivo e) agire individualmente¹⁷.

Ora, a prescindere dalla possibilità di enucleare anche nell'ordinamento italiano una proposta *de iure condendo* per l'introduzione di uno *standard* variabile di aggregazione dei membri della classe, sembra lecito affermare - in base alle osservazioni fin qui svolte - che l'adozione (e la successiva conferma), da parte del legislatore italiano, di un meccanismo di *adesione espressa* all'azione di classe ha generato una struttura del processo collettivo che risulta oggettivamente rigida e, dunque, inefficace. Più precisamente, una simile struttura, se può essere adatta ad aggregare le pretese di chi scorge nel(l'adesione al) giudizio collettivo *una pura alternativa* all'azione individuale (in quanto il valore della lesione giustifica il costo dell'azione individuale), si rivela inidonea ad assicurare l'aggregazione delle pretese di chi invece scorge nel(l'adesione al) giudizio collettivo *l'unica possibilità* di perseguire una tutela della propria sfera giuridica (in quanto il costo dell'azione individuale si rivela sensibilmente superiore al valore della lesione subita). Di qui, l'ulteriore osservazione per cui l'evoluzione della normativa sull'azione di classe italiana non può non tenere conto del fatto che le caratteristiche del meccanismo di adesione incidono direttamente sulla efficienza del rimedio collettivo e sulla sua capacità di perseguire il principale obiettivo che gli viene attribuito dalla legge: quello di mettere a disposizione della collettività che sia stata lesa (in modo omogeneo) dal comportamento del convenuto, una tutela giurisdizionale che sia, per così dire, più appetibile (*id est* più facilmente accessibile e meno gravosa economicamente) di quella conseguibile attraverso l'azione individuale¹⁸. Ed in effetti, se si valuta l'adequatezza di un dato meccanismo di formazione della classe (*opt-in* o *opt-out*) in funzione della sua capacità di incrementare l'efficienza del rimedio di classe, si deve riconoscere che una tale adeguatezza va desunta anzitutto dal grado della sostenibilità economica, nel caso concreto, dell'azione

¹⁷ V. ancora S. DODSON, *An Opt-In Option for Class Actions*, cit., pp. 188-189; J.P. DAVIS et al., *The Puzzle of Class Actions with Uninjured Members*, cit., p. 872.

¹⁸ Su questi aspetti v., in particolare, R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., pp. 101 ss.

¹⁸ Cfr., specialmente, R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in *Class action*, cit., pp. 2-3; M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, cit., pp. 119 ss.; M. BOVE, *L'aderente*, cit., 2304; A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 600.

individuale da parte del *class member*¹⁹. Ebbene, in questa prospettiva, è effettivamente innegabile che il meccanismo dell'*opt-out* tenda ad essere generalmente più adeguato alle tipiche esigenze del contenzioso di classe; ma sembra altrettanto innegabile che, in alcuni casi, nei quali è minore il rischio dell'inerzia da parte dei membri della classe ma è maggiore quello dell'attivismo individuale, possa residuare un efficace spazio applicativo anche per il meccanismo dell'*opt-in*.

Tuttavia, una simile variabilità delle ragioni che inducono a preferire un meccanismo in luogo dell'altro suggerisce che l'assetto potenzialmente più efficace del giudizio collettivo sia quello che possa conciliare, volta per volta, la previsione di una regola di base, in virtù della quale prevalga *generaliter* l'applicazione del meccanismo dell'*opt-out*, con l'attribuzione di un potere derogatorio in capo al giudice o al rappresentante della classe che, in funzione delle esigenze del caso concreto, prospetti l'applicazione del meccanismo alternativo dell'*opt-in*. Un processo di classe realmente efficiente sembra richiedere, dunque, un approccio normativo "a geometria variabile" che non definisca un unico modo di formazione della classe, ma li integri entrambi modulandone l'applicazione secondo le specificità del caso concreto.

2. L'azione di classe come azione rappresentativa: ovvero un caso (atipico) di rappresentanza processuale volontaria anticipata e condizionata

Lasciando da parte la prospettiva *de iure condendo* e rivolgendo l'attenzione alla vigente normativa sull'azione di classe, giova considerare ora la tensione che si viene naturalmente a creare tra l'adozione del meccanismo di *opt-in*, con riguardo all'adesione dei componenti della classe, e la natura rappresentativa della domanda promossa dal loro rappresentante.

Ebbene, è innegabile che una tale natura rappresentativa costituisca l'elemento caratterizzante dell'azione di classe²⁰: essa esprime, infatti, una vera e propria discontinuità

¹⁹ Per una sottolineatura del rapporto tra struttura del processo di classe ed efficienza del rimedio collettivo v., in particolare, C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., p. 727; ID., *La terza edizione dell'azione di classe è legge ed entra nel c.p.c.*, cit., p. 738; C. PUNZI, *L'«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 254; C. CAVALLINI, *Azione collettiva risarcitoria e controversie finanziarie*, in *Riv. soc.*, 2010, pp. 1115 ss.; B. SASSANI – A.D. DE SANTIS, *Inammissibilità dell'azione di classe consumeristica e il «non possumus» della Cassazione*, in *Foro it.*, 2023, I, c. 159; M. BOVE, *Profili processuali dell'azione di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 1017. Con specifico riguardo al raffronto tra azione collettiva e azione individuale del componente della classe, v. anche R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., pp. 87 ss.; R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., pp. 823 ss.; S. MENCHINI, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, p. 46.

²⁰ Sul punto v., specialmente, C. CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello «opt-in» anziché quella danese dello «opt out» e il filtro («L'inutil precauzione»)*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 5; ID., *L'opt-in e gli interventi: ossia della variabilità dell'oggetto del giudizio e della unitarietà del*

nella tradizionale corrispondenza tra titolarità del diritto di agire in giudizio e titolarità della pretesa sostanziale fatta valere. L'attore di classe, sebbene privo di un esplicito mandato da parte dei componenti della classe²¹, agisce come un loro rappresentante poiché, seppure in via anticipata e condizionata, egli promuove la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi di cui sono titolari gli aderenti²². In particolare, la rappresentanza processuale *de qua* è parimenti attribuita dalla legge a ciascun componente della classe ed è da questi esercitabile quando ancora sia incerto l'*an* e il *quando* dell'adesione dei singoli componenti della classe all'azione collettiva. Mentre la rappresentanza processuale volontaria rinvie, come noto, il proprio fondamento nell'atto negoziale - anteriore all'esercizio dell'azione da parte del rappresentante - con cui il rappresentato attribuisce espressamente e unilateralmente il potere di agire in giudizio in suo nome e per suo conto²³, la rappresentanza processuale sottesa all'azione di classe, pur conservando una natura volontaria, rinvie il proprio fondamento, secondo l'attuale assetto normativo, nell'atto volontaristico - posteriore all'esercizio dell'azione da parte del rappresentante - con cui il rappresentato, manifestando la volontà di aderire al processo di classe (ed essendo legittimato a farlo in ragione

rapporto processuale, in C. CONSOLO – P. BUZZELLI – M. BONA, *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, pp. 177 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, cit., p. 255; M. BOVE, *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1031; R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 828; I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis*, cit., p. 365. Sul rapporto tra l'azione di classe e l'azione rappresentativa dell'art. 140-ter, d.lgs. n. 206/2005, v., da ultimo, A. GIUSSANI, *L'azione rappresentativa nel d.lgs. n. 28 del 2023*, in *Class action*, cit., pp. 279 ss.; R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., pp. 7 ss. Per l'analisi generale della natura rappresentativa dell'azione di classe, sia consentito anche il rinvio a M. GABOARDI, *Il concorso delle azioni*, II, cit., pp. 335 ss.

²¹ Il richiamo è naturalmente alla formulazione originaria dell'art. 140-bis, d.lgs. n. 205/2006 (introdotta con l'art. 2, comma 446, l. 24 dicembre 2007, n. 244 e poi sostituita dall'art. 49, comma 1, l. 23 luglio 2009, n. 99): sul punto v. A. BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, Torino, 2008, pp. 51 ss.; P. MAJELLO, *La domanda giudiziale e le opzioni dei terzi*, in *Azione collettiva risarcitoria (Class action)*, a cura di E. Cesaro – F. Bocchini, Milano, 2008, pp. 78 ss.

²² V., sul punto, R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., pp. 141 ss.; Id., *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., pp. 14 ss.; G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 389; R. CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., pp. 828 ss.; M. BOVE, *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., p. 1031; I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis*, cit., pp. 361 ss.

²³ Sul tema della rappresentanza processuale volontaria e la spendita del potere di agire *in iure* in nome e per conto altrui v., specialmente, C. MANDRIOLI, *Premesse generali allo studio della rappresentanza nel processo civile*, Milano, 1957, pp. 67 ss.; Id., *La rappresentanza nel processo civile*, Torino, 1959, pp. 212 ss.; più recentemente v. F. CORSINI, *Delle parti*, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2016, pp. 144 ss.

dell'affermata titolarità di un diritto soggettivo omogeneo con quello del rappresentante), attribuisce parimenti il potere di agire in suo nome e per suo conto. Infatti, la dichiarazione di adesione, indipendentemente dalla qualificazione giuridica che si intenda assegnarle, non viene a rappresentare formalmente un atto con cui l'aderente fa valere il proprio diritto soggettivo nel processo di classe, dal momento che l'adesione opera - ai fini del processo di classe - come un atto di mera affermazione (della titolarità) del proprio diritto e di accettazione degli effetti della sentenza di accoglimento²⁴. La dichiarazione di adesione costituisce, dunque, un atto di natura essenzialmente negoziale in cui è espressa dall'aderente la volontà di attuare quella disposizione del proprio diritto soggettivo che si realizza per il tramite della sentenza di accoglimento dell'azione promossa dal rappresentante²⁵. Tale dichiarazione viene cioè a promuovere, con efficacia retroattiva, l'attribuzione di quel potere rappresentativo di cui l'attore, in forza dell'espressa previsione di legge, si è già avvalso al momento dell'esperimento dell'azione.

Vi è tuttavia da osservare che il ruolo della dichiarazione di adesione sembra essere sensibilmente mutato a seguito dell'entrata in vigore della nuova disciplina codicistica. Il motivo principale di tale mutamento è da individuare nella istituzione di una fase processuale successiva alla definizione dell'azione di classe e destinata alla presentazione delle dichiarazioni di adesione o alla integrazione di quelle presentate nel corso del processo a seguito della pronuncia dell'ordinanza di ammissibilità²⁶. Infatti, secondo il regime normativo previgente, era onere dei componenti della classe presentare le dichiarazioni di adesione nella

²⁴ V., specialmente, R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., pp. 101 ss.; *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., pp. 88 ss.

²⁵ Sulla complessa natura dell'atto con cui il componente della classe aderisce all'azione promossa dall'attore v., in particolare, R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., pp. 114 ss.; Id., *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., pp. 83 ss.; C. CONSOLO – B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., pp. 138 ss.; C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., pp. 725 ss.; Id., *L'opt-in e gli interventi: ossia della variabilità dell'oggetto del giudizio e della unitarietà del rapporto processuale*, cit., pp. 180 ss.; M. BOVE, *L'aderente*, cit., pp. 2303 ss.; A. CARRATTA, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 2297 ss.; A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 601; G. CANALE, *Il «convitato di pietra» ovvero l'aderente nell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 1304 ss.; M. DE CRISTOFARO, *L'azione collettiva risarcitoria di classe: profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1938; A.D. DE SANTIS, *L'adesione*, cit., pp. 356 ss.; R. FRATINI, *L'adesione*, cit., pp. 156 ss.; sul regime previgente v., invece, A. BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 51; P. MAJELLO, *La domanda giudiziale e le opzioni dei terzi*, cit., pp. 79-80.

²⁶ Sul procedimento di accertamento dei diritti individuali omogenei dei componenti della classe ex artt. 840-septies ss. c.p.c. e, specialmente, sulla contrapposizione tra quest'ultimo e il procedimento di classe v., oltre ai richiami che saranno svolti infra nel successivo paragrafo, C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., pp. 725 ss.; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., pp. 9 ss.; A.D. DE SANTIS, *L'adesione*, cit., pp. 356 ss.; R. FRATINI, *L'adesione*, cit., pp. 162 ss.

pendenza della lite, entro un termine decorrente dalla pubblicazione dell'ordinanza di ammissibilità; di talché, l'«atto di adesione» - com'era definito dall'abrogato art. 140-*bis* cit. - veniva a costituire una forma di manifestazione della volontà negoziale di assoggettare il diritto soggettivo omogeneo alla statuizione della sentenza di accoglimento dell'azione promossa dal rappresentante²⁷. Tale condizione finiva dunque per attribuire all'atto di adesione una mera rilevanza processuale, dalla quale conseguiva, oltre al dovere di accertamento da parte del tribunale circa la sussistenza dei requisiti per l'adesione, l'estensione degli effetti della sentenza di accoglimento a ciascun aderente²⁸. Tutto ciò contribuiva, però, ad assegnare all'atto di adesione una funzione ancillare e secondaria rispetto all'azione di classe: una funzione, questa, che appariva ancillare e secondaria proprio perché l'atto di adesione poteva esprimersi soltanto all'interno del processo di classe e non in una fase processuale autonoma e distinta.

La nuova disciplina codicistica, invece, nell'intento di razionalizzare l'attività cognitoria delle dichiarazioni di adesione, ha istituito, come detto, un procedimento autonomo, susseguente alla definizione del processo di classe, avente ad oggetto la delibazione delle «domande di adesione» (art. 840-*septies* c.p.c.). È pur vero che la nuova disciplina, come accennato, continua a prevedere la possibilità che la dichiarazione di adesione sia presentata dal componente della classe quando sia ancora pendente il giudizio collettivo e, precisamente, entro un termine perentorio decorrente - come in precedenza per l'azione di classe in materia consumeristica - dalla pubblicazione dell'ordinanza di ammissibilità²⁹; nondimeno, il persistere di una tale possibilità non toglie che anche la delibazione delle domande di adesione proposte in via anticipata (rispetto alla definizione del processo di classe) sia riservata alla successiva fase processuale all'uopo destinata³⁰. Ora, la circostanza che la dichiarazione di

²⁷ Con riferimento all'azione di classe di impronta consumeristica v., specialmente, R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., pp. 83 ss.; C. CONSOLO – B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., pp. 138 ss.; M. Bove, *L'aderente*, cit., pp. 2303 ss.; G. CANALE, *Il «convitato di pietra» ovvero l'aderente nell'azione di classe*, cit., pp. 1309 ss.

²⁸ Per la ricostruzione dogmatica dell'atto di adesione nella disciplina consumeristica dell'azione di classe v., specialmente, C. CONSOLO – B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., pp. 138 ss.; C. CONSOLO, *L'opt-in e gli interventi: ossia della variabilità dell'oggetto del giudizio e della unitarietà del rapporto processuale*, cit., pp. 178 ss.

²⁹ A tal proposito, v. i rilievi di A.D. DE SANTIS, *L'adesione*, cit., pp. 356 ss.; R. FRATINI, *L'adesione*, cit., pp. 162 ss.

³⁰ Infatti, quantunque l'art. 840-*quinquies*, comma 1, c.p.c. ammetta che ciascun componente della classe possa aderire *pendente lite* entro il termine perentorio «non inferiore a sessanta giorni e non superiore a centocinquanta giorni dalla data di pubblicazione dell'ordinanza», è riconosciuto espressamente che l'aderente, oltre a non assumere la qualità di parte, può veder accertato il proprio diritto ex art. 840-*octies* c.p.c. «successivamente alla pronuncia della sentenza che accoglie l'azione di classe».

adesione venga ad assumere rilevanza in un contesto processuale distinto ed autonomo rispetto al processo di classe induce a ritenere che, per quanto questo nuovo contesto processuale costituisca certamente il fisiologico sviluppo di quello che potrebbe definirsi come il procedimento principale (e cioè: il processo sull'azione di classe intercorrente tra il rappresentante della classe e il convenuto), il modo di intendere e qualificare la dichiarazione di adesione - tanto più alla luce della mutata definizione legislativa - possa essere, a sua volta, necessariamente diverso.

Non si vuole per ora entrare nel merito della questione concernente la natura della dichiarazione di adesione secondo la nuova disciplina codicistica; si intende piuttosto sottolineare quelle caratteristiche che contraddistinguono il procedimento di esame delle domande di adesione, dalle quali sembra possibile arguire che la dichiarazione di adesione, oltre ad essere - come indubbiamente è - un atto strumentale alla piena esplicazione della decisione sull'azione di classe, viene ad assumere i caratteri di un vero e proprio *atto processuale di attivazione di una peculiare forma di tutela dichiarativa*: in una parola, una vera e propria domanda giudiziale.

Ciò che assume rilevanza è, anzitutto, la struttura del rapporto processuale che si viene ad instaurare in tale procedimento: in esso la natura rappresentativa dell'azione di classe - almeno nella fase introduttiva del giudizio, caratterizzata dalla presentazione delle domande di adesione - sembra venire meno, in favore d'una legittimazione ad agire che è riconosciuta esclusivamente in capo a ciascun singolo componente della classe³¹. D'altra parte, il conferimento del potere rappresentativo in favore del rappresentante comune degli aderenti (che è nominato all'uopo dal giudice delegato e) a cui ciascun componente della classe è chiamato a conferire anche il potere aggiuntivo di compiere «tutti gli atti ... relativi al diritto individuale omogeneo» [art. 840-septies, comma 2, lett. h), c.p.c.], non toglie alla domanda di adesione la funzione di far valere giudizialmente il diritto omogeneo dell'aderente. Il rappresentante comune degli aderenti - coincida o meno con la persona del rappresentante comune dei componenti della classe - assolve alla peculiare funzione sottesa alla redazione

³¹ Sul tema della legittimazione ad agire per l'azione di classe e sulla legittimazione a presentare la dichiarazione di adesione all'azione di classe v., nel vigore dei diversi testi normativi *in parte qua*, I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis*, cit., pp. 366 ss.; S. MENCHINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei*, cit., pp. 62 ss.; G. RUFFINI, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140-bis del codice del consumo*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 707 ss.; V. VIGORITI, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contr. impr.*, 2008, pp. 729 ss.; da ultimo v., con riferimento soprattutto alla legittimazione *ad causam*, R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., pp. 36 ss. Con riferimento precipuo all'atto di adesione v. M. BOVE, *L'aderente*, cit., p. 2305; A.D. DE SANTIS, *L'adesione*, cit., pp. 357-358.

del «progetto dei diritti individuali degli aderenti» ex art. 840-*octies* c.p.c., senza divenire per ciò solo parte del procedimento di accertamento dei diritti individuali³². Il contraddittorio, infatti, sembra essere limitato al rapporto che intercorre, per ciascuna domanda di adesione, tra l'aderente e il resistente: le conclusioni che il rappresentante comune è chiamato a rassegnare con il proprio progetto sembrano costituire nulla più che prognosi della ammissibilità e fondatezza delle domande di adesione, che spetterà al giudice delegato accogliere o rigettare.

A ciò si aggiunge, poi, l'assegnazione della competenza (funzionale) a pronunciarsi sulle domande di adesione ad un organo giudiziario distinto rispetto a quello che è competente a decidere sull'azione di classe: anche questa caratteristica del procedimento di accertamento delle domande di adesione contribuisce a delinearne l'autonomia rispetto al procedimento collettivo. Mentre l'attività della sezione specializzata del tribunale è incentrata sull'accertamento (i) dei requisiti di ammissibilità dell'azione di classe e (ii) del diritto soggettivo dedotto in giudizio dal rappresentante della classe, l'attività del giudice delegato all'accertamento delle domande di adesione si appunta sulla cognizione dei diritti individuali degli aderenti alla stregua delle allegazioni e prove di questi ultimi e delle deduzioni ed eccezioni del resistente. La domanda di adesione introduce, dunque, una fase processuale che, svolgendosi dinanzi ad un giudice suo proprio, non può non considerarsi dotata di un carattere di autonomia rispetto al procedimento di classe: il che viene a significare che, a differenza di quanto accadeva nel regime normativo previgente, in cui era lo stesso tribunale investito della domanda di classe a delibare le richieste di adesione, l'accertamento dei diritti individuali degli aderenti è oggi ancor più sottratto alla logica processuale che è insita nella natura rappresentativa dell'azione di classe. In altri termini, ciascun diritto individuale omogeneo appartenente ai componenti della classe diviene, nel nuovo contesto normativo, l'oggetto di un accertamento giudiziale che non è più processualmente dipendente rispetto all'oggetto principale del processo di classe, che è costituito naturalmente dal diritto soggettivo fatto valere dall'attore.

Se, in base all'art. 140-*bis*, d.lgs. n. 205/2006, l'accertamento dei diritti individuali dei componenti della classe era pur sempre svolto (dal medesimo organo giudiziario) in funzione della pronuncia sull'azione di classe³³, la statuizione sui diritti dei componenti della classe

³² Sul ruolo del rappresentante comune degli aderenti v., in particolare, C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., p. 720; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., p. 11; da ultimo, R. FRATINI, *L'adesione*, cit., p. 158.

³³ Sul regime di adesione all'azione di classe dell'art. 140-*bis*, d.lgs. n. 205/2006, v. R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, cit., pp. 83 ss.; C. CONSOLO – B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons.*, cit., pp. 138 ss.; G. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, cit., p. 392; M. BOVE, *L'aderente*,

scaturisce, secondo la nuova disciplina codicistica e, specialmente, secondo l'art. 840-*octies*, comma 5, c.p.c., dalla pronuncia sulle domande di adesione proposte individualmente dagli aderenti. Ciò che, nella legislazione consumeristica, si traduceva sostanzialmente in un accertamento dei diritti individuali degli aderenti funzionale alla determinazione del *quantum* complessivo della condanna assunta (dal tribunale) sull'azione di classe³⁴, nella nuova disciplina codicistica diviene una pronuncia sulle domande con cui i singoli aderenti richiedono indubbiamente l'accertamento del proprio diritto individuale³⁵, a cui è funzionale sia l'indicazione del *petitum* («la determinazione dell'oggetto della domanda») e sia l'enucleazione della *causa petendi* («l'esposizione dei fatti costituenti le ragioni della domanda») [art. 840-*octies*, comma 2, lett. d) ed e), c.p.c.]. D'altra parte, nel medesimo art. 840-*octies* c.p.c., è chiaramente stabilita - al comma 5 - la natura condannatoria (e la relativa efficacia immediatamente esecutiva) del decreto con cui il giudice delegato abbia accolto in tutto o in parte le domande di adesione (proposte dai componenti della classe e poi) recepite nel progetto redatto dal rappresentante comune³⁶: un simile assetto regolatorio non può non indurre ragionevolmente a qualificare il decreto del giudice delegato come un provvedimento - distinto ed autonomo rispetto alla sentenza di accoglimento sull'azione di classe - in cui si esprime la tutela giurisdizionale richiesta individualmente degli aderenti.

Anche la presenza di un regime impugnatorio del decreto, ai sensi dell'art. 840-*undecies* c.p.c., riflette l'impostazione di un procedimento autonomo (rispetto al processo di classe), necessariamente fondato su una domanda la cui riesaminabilità (ad opera del tribunale investito dell'opposizione dell'aderente) la sottrae ad ogni logica rappresentativa³⁷: ed infatti,

cit., pp. 2303 ss.; G. CANALE, *Il «convitato di pietra» ovvero l'aderente nell'azione di classe*, cit., pp. 1309 ss.; A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, cit., p. 599; G. RUFFINI, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie* cit., pp. 710 ss.

³⁴ Sulla quantificazione del danno in rapporto al giudizio di classe a tutela dei consumatori, v. specialmente le osservazioni, anche critiche, svolte da C. CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, pp. 1297 ss., in part. 1304; ID., *Class actions fuori dagli Usa? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, pp. 642 ss.

³⁵ Queste sono le osservazioni che pare possibile desumere anche da C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., p. 719; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., p. 8; Da ultimo, v. anche R. FRATINI, *L'adesione*, cit., p. 159, ove ulteriori riferimenti.

³⁶ In questi termini v. ancora G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., p. 8; R. FRATINI, *L'adesione*, cit., p. 159.

³⁷ Sul regime impugnatorio dell'art. 840-*undecies* c.p.c. v., specialmente, C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, cit., pp. 735 ss.; R. DONZELLI, *Le impugnazioni della sentenza e del decreto*, in *Class action*, cit., pp. 247 ss.; A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, pp. 1587 ss.; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., pp. 6 ss.

l'accertamento del diritto individuale dell'aderente non dipende dall'agire rappresentativo del *named plaintiff*, poiché, se è vero che tale accertamento presuppone la sentenza di accoglimento dell'azione di classe (promossa appunto dal rappresentante della classe), in cui si configura la condizione di *astratta accoglibilità nel merito della domanda di adesione*, non è meno vero che esso si completa con il decreto pronunciato dal giudice delegato, in cui è stabilita la *accoglibilità in concreto della domanda di adesione* in ragione della determinazione dell'*an* e del *quantum* del diritto individuale dell'aderente. Per il tramite della natura rappresentativa dell'azione di classe, la sentenza di accoglimento *ex art. 840-sexies c.p.c.* opera, per così dire, alla stregua di una sentenza che condanna il resistente, *in via specifica*, a risarcire il rappresentante della classe e, *in via soltanto generica*, a risarcire quegli aderenti la cui domanda di adesione sarà accolta dal giudice delegato (nella misura da questi determinata). Ben inteso: la sentenza di accoglimento non accerta, alla stregua di una vera e propria sentenza di condanna generica *ex art. 278 c.p.c.*³⁸, l'esistenza dei diritti individuali dei singoli componenti della classe, ma si limita comunque, in ragione della struttura rappresentativa dell'azione di classe, a stabilire il *metro di giudizio* - emergente dall'accertamento dell'esistenza di una classe (*scilicet* di diritti soggettivi omogenei) e dall'accertamento della condotta illecita imputabile al convenuto - in base al quale il successivo riconoscimento del diritto individuale di ciascun componente della classe da parte del giudice delegato giustifica la condanna, disposta pur sempre dal giudice delegato, nei confronti del convenuto.

La misura condannatoria contenuta nel decreto dell'*art. 840-octies c.p.c.* consegue, infatti, oltre che all'accertamento delle caratteristiche del diritto individuale dell'aderente (compiuto dal giudice delegato), all'accertamento della lesione (plurisoggettiva) e della sua imputazione al convenuto: ma è un accertamento, quest'ultimo, che compete al tribunale in sede di pronuncia sull'azione di classe e che viene a valere, in forza della natura rappresentativa di tale azione, anche per le ragioni degli altri componenti della classe che abbiano presentato la domanda di adesione.

In definitiva, la declinazione del meccanismo di *opt-in* secondo le forme del procedimento di adesione degli artt. 840-*septies* ss. c.p.c., pur replicando un modello che, come visto, presenta vari limiti in punto di efficienza del procedimento di classe, finisce per separare la fase

³⁸ Nel senso comunque che «la condanna generica al risarcimento del danno per fatto illecito extracontrattuale postula ... soltanto l'accertamento di *un fatto potenzialmente produttivo di conseguenze dannose*», mentre «è riservato al giudice della liquidazione l'accertamento dell'esistenza effettiva del danno e della sua entità, nonché del nesso di causalità fra questo ed il fatto illecito» (il corsivo è dell'autore), v., *ex multis*, Cass. civ., 31 luglio 2006, n. 17297, in *Rep. Foro it.* 2006, voce *Sentenza civile*, 83; Cass. civ., 22 novembre 2000, n. 15066, *ivi*, 2000, voce *Sentenza civile*, 71.

processuale (principale) volta alla delibazione della domanda di classe e la fase processuale (dipendente) riservata alla delibazione dei soli diritti individuali dei componenti della classe. La separazione delle fasi processuali finisce, dunque, per riconoscere alla domanda di adesione una rilevanza autonoma nel procedimento dinanzi al giudice delegato, di talché l'accertamento del diritto del componente della classe viene a dipendere esclusivamente dalla pronuncia del giudice sulla relativa domanda.

3. Il procedimento per l'esame delle domande di adesione: efficacia endoprocessuale dell'accertamento compiuto dal giudice delegato

Si è detto della stretta correlazione che intercorre tra la natura autonoma della domanda di adesione e la struttura della procedimento di esame delle domande dei componenti della classe. Conviene ora sulle caratteristiche di tale procedimento, che viene a costituire indubbiamente una delle novità più rilevanti della riforma in punto di azione di classe.

Una prima lettura delle disposizioni degli artt. 840-*septies* ss. c.p.c. non può non suscitare nell'interprete l'evidente impressione di un'analogia con il procedimento di accertamento dello stato passivo nel contesto della procedura fallimentare (*rectius* di liquidazione giudiziale) ex artt. 201 ss., d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza): la struttura contenziosa del procedimento, regolata secondo le forme del «contenitore neutro» del rito camerale ispirato alle garanzie del procedimento ordinario; l'impostazione bifasica del procedimento, modellata sulla struttura impugnatoria del processo di cognizione, in cui si contrappone il grado di giudizio dinanzi al giudice delegato e quello di opposizione dinanzi al tribunale (ed a cui pare difficile negare, malgrado l'assenza di un'espressa previsione normativa, l'accesso al giudizio cassazione sul decreto del tribunale, attesa l'evidente incidenza del provvedimento sui diritti soggettivi dei componenti della classe e la sua conseguente idoneità al passaggio in giudicato); la redazione del progetto delle domande di adesione da parte del rappresentante comune, in cui si riflette il progetto di stato passivo che, nella liquidazione giudiziale, il curatore è chiamato a predisporre con riguardo alle domande di insinuazione presentate dai componenti del ceto creditorio; la pienezza del contraddittorio - esteso finanche all'applicazione *in parte qua* del principio di non contestazione dell'art. 115 c.p.c. (v. art. 840-*octies*, comma 1, c.p.c.) - tra gli aderenti e la parte resistente in ordine ai fatti posti dai primi a fondamento delle loro domande e ai fatti estintivi, modificativi o impeditivi (del diritto di ciascun aderente) eventualmente eccepiti dalla seconda³⁹. Questi tratti distintivi

³⁹ Su questi elementi di analogia tra il procedimento di accertamento dei diritti individuali omogenei dei componenti della classe e il procedimento di esame dello stato passivo del debitore insolvente, giova rinviare, con riferimento alla caratteristiche della disciplina concorsuale, a G. BOZZA, *Commento all'art. 95*, in *Il nuovo*

della nuova disciplina - unitamente ad alcuni altri come, ad esempio, la qualifica di «pubblico ufficiale» che accomuna il rappresentante comune al curatore (v. art. 840-*sexies*, comma 2, c.p.c. e art. 127, d.lgs. n. 14/2019) o l'assegnazione della competenza in primo grado ad un «giudice delegato» (quantunque manchi nella disciplina dell'azione di classe una norma analoga a quella dell'art. 207, comma 12, d.lgs. n. 14/2019)⁴⁰ - contribuiscono alla delineazione di una fase processuale autonoma rispetto al processo di classe, così come autonoma rispetto alle altre fasi della procedura concorsuale (non solo il procedimento per l'apertura della procedura, ma anche le fasi di liquidazione e ripartizione dell'attivo).

Indubbiamente, alcuni elementi del procedimento di esame delle domande di adesione non appartengono all'analogo procedimento in ambito concorsuale: il primo e più significativo di essi attiene al ruolo che il rappresentante comune degli aderenti, pur essendo chiamato alla redazione del progetto dei diritti individuali omogenei, non prende parte al contraddittorio processuale, se non in una posizione atipica e alquanto insolita⁴¹. Una posizione, questa, che sembra assai più simile a quella assunta dal curatore nella disciplina della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267) anteriormente alle modifiche apportate dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (e conservate nel vigente d.lgs. n. 14/2019): in tale contesto, il curatore operava come un vero e proprio ausiliario del giudice delegato per la predisposizione del progetto di stato passivo, con esclusione di qualsiasi contraddittorio con i creditori istanti (se non in via differita a seguito di opposizione del credito escluso) e valutazione prognostica della inammissibilità o infondatezza delle domande⁴². A seguito della riforma operata col d.lgs. n. 5/2006, la funzione

diritto fallimentare, I, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2006, pp. 1424 ss.; Id., *Lo stato passivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio – B. Sassani, II, Milano, 2014, pp. 615 ss.; a seguito della riforma varata dal d.lgs. n. 14/2019 v., per tutti, M. FABIANI, *I principi di vertice dell'accertamento dello stato passivo all'esito del processo di riforma e le correlazioni con la liquidazione dell'attivo*, in www.dirittodellacrisi.it, 2024, pp. 1 ss., ove ampi riferimenti. Con riferimento alla tutela collettiva riformata, si rinvia invece ad A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., pp. 1587 ss.; G. Scarselli, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., pp. 6 ss.; R. Fratini, *L'adesione*, cit., pp. 156 ss.

⁴⁰ Non va neppure trascurata la previsione dell'art. 840-*sexies*, comma 1, lett. g), c.p.c., secondo cui il rappresentante comune è tenuto a possedere i requisiti per la nomina a «curatore fallimentare», dal momento che dev'essere nominato dal tribunale «tra i soggetti aventi i requisiti» appunto per tale nomina. A tal proposito, rileva oggi la previsione dell'art. 358, d.lgs. n. 14/2019 che, assai più di quanto previsto nell'abrogato art. 28, r.d. n. 267/1942, non si limita a richiedere l'iscrizione in un albo professionale e l'assenza di cause di incompatibilità, ma l'applicazione di criteri di «trasparenza e turnazione» in rapporto anche alla «esperienza richiesta dalla natura e dall'oggetto dello specifico incarico».

⁴¹ Sulla posizione del rappresentante comune v. le indicazioni contenute nella precedente nota 32.

⁴² V., sul punto, le analisi puntuali di G. BOZZA, *Commento all'art. 95*, cit., p. 1425 e di A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, IX, diretto da F. Galgano, Padova, 1986, pp. 345 ss.

assolta dal curatore nel procedimento (in primo grado) per l'esame dello stato passivo è sensibilmente mutata, divenendo quella di un vero e proprio contraddittore (*rectius* convenuto) rispetto a ciascuna domanda di insinuazione⁴³; di talché, l'eccezione di fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto soggettivo del creditore è un'eccezione sollevata dal curatore, a cui spetta, d'altra parte, apportare al progetto di stato passivo le modifiche rese necessarie dalle repliche dei creditori e a cui, comunque, spetta il potere di impugnare il provvedimento con cui il giudice delegato abbia disatteso le sue difese⁴⁴. Al contrario, poiché il progetto dei diritti degli aderenti, redatto dal rappresentante comune, sconta un contraddittorio (sui diritti individuali omogenei) che si svolge esclusivamente tra gli aderenti e il resistente (e a cui il rappresentante comune sembra, quindi, destinato a rimanere estraneo), si deve riconoscere che al rappresentante comune spetta, nel corso del procedimento di esame delle domande di adesione, il ruolo di un semplice ausiliario del giudice nella deliberazione di tali domande⁴⁵.

È pur vero che viene riconosciuto al rappresentante sia il potere di rassegnare le proprie « motivate conclusioni » sulle domande di adesione alla luce delle difese svolte dal resistente (art. 840-*octies*, comma 2, c.p.c.) e, ancor più, il potere di impugnare il decreto di condanna del resistente (art. 840-*undecies*, comma 2, c.p.c.). Tuttavia, il potere di rassegnare le conclusioni esprime, a ben vedere, non già un potere di precisazione delle conclusioni, che spetta tipicamente solo a chi sia stato parte del processo, bensì un potere di prognosi sulla ammissibilità e fondatezza delle domande di adesione (che saranno vagliate dal giudice delegato). E d'altra parte, il potere di impugnazione del decreto viene ad esprimere un interesse che non è correlato all'esser stato parte del giudizio né all'esservi altresì risultato soccombente⁴⁶: ora, non sembra il caso di considerare l'esistenza di situazioni in cui

⁴³ V. ancora G. BOZZA, *Lo stato passivo*, cit., pp. 620 ss., nonché G. PARISI, *L'accertamento del passivo nel codice della crisi e dell'insolvenza: natura ed effetti*, in *Dir. fall.*, 2019, p. 1097. In giurisprudenza, v., *ex multis*, Cass. civ., Sez. Un., 23 febbraio 2023, n. 5694, in www.dirittodellacrisi.it; Cass. civ., 21 gennaio 2014, n. 1115, ined.; Cass. civ., 11 ottobre 2012, n. 17368, in *Fall.*, 2013, 897 ss.

⁴⁴ Sulla qualità del parte del procedimento in capo al curatore v., espressamente, G. BOZZA, *Lo stato passivo*, cit., p. 620.

⁴⁵ Per la dottrina che si è finora occupata, *inter alia*, del ruolo assunto dal rappresentante comune degli aderenti, pur senza riconoscere espressamente la qualifica di ausiliario del giudice delegato, v. A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., pp. 1587 ss.; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., pp. 6 ss.; R. Fratini, *L'adesione*, cit., pp. 156 ss.

⁴⁶ Sul punto, in senso critico v., soprattutto, A. CARRATTA, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, cit., 2298-2299; R. DONZELLI, *Le impugnazioni dei provvedimenti decisori*, in *Foro it.*, 2019, V, pp. 369 ss.; M. BOVE, *L'aderente*, cit., pp. 2303 ss.; da ultimo v. anche G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., p. 8.

l'ordinamento assegna il potere di impugnare a quanti non siano stati neppure parti (in senso processuale) nel precedente grado del giudizio (ma ne siano stati comunque parti in senso sostanziale in quanto titolari del diritto controverso)⁴⁷, dal momento che tali situazioni rispondono ad un'esigenza (quella appunto di raccordare il potere impugnatorio all'effettiva titolarità della situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio), che non appartiene alla posizione del rappresentante comune degli aderenti.

Conviene, invece, considerare il ruolo che il rappresentante può svolgere (e a cui sembra essere chiamato proprio dalla previsione dell'art. 840-*undecies*, comma 2, c.p.c.) in rapporto all'impugnazione del decreto pronunciato dal giudice delegato: ancora un volta sovvieni il raffronto con la disciplina dell'accertamento dello stato passivo, nella quale è analogamente riconosciuto, *inter alia*, al curatore il potere di promuovere l'impugnazione dei crediti ammessi (v. art. 206, comma 3, d.lgs. n. 14/2019) al fine di contestare l'*accoglimento* della domanda di un concorrente⁴⁸. Come noto, tale iniziativa rinviene la sua ragion d'essere nel carattere concorsuale della procedura, tale per cui la illegittima ammissione alla stato passivo d'un concorrente reca danno all'intero ceto dei creditori⁴⁹; ora, l'iniziativa impugnatoria del rappresentante comune riflette analogamente l'interesse di quei componenti della classe la cui domanda sia stata illegittimamente *rigettata* dal giudice delegato⁵⁰. Mentre nel caso del curatore, la rappresentanza processuale dei creditori che siano stati pregiudicati dall'illegittima ammissione di un concorrente consegue alla previsione legale della obbligatorietà del concorso (artt. 150-151, d.lgs. n. 14/2019)⁵¹, nel caso della rappresentante comune essa consegue al mandato che, come detto, viene espressamente conferito al rappresentante comune da ciascun componente della classe nella domanda di adesione⁵². Poiché nella procedura concorsuale manca la previsione di un obbligo, in capo ai creditori concorrenti, di conferire al curatore, a pena di inammissibilità della domanda, il potere di rappresentarli nel compimento degli atti processuali, la legittimazione ad impugnare i crediti (illegittimamente) ammessi del curatore concorre con quella individuale dei singoli creditori

⁴⁷ Per l'analisi di queste situazioni si rinvia a L. SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, Milano, 1990, pp. 128 ss., ove ampi riferimenti.

⁴⁸ V. ancora G. BOZZA, *Lo stato passivo*, cit., pp. 632 ss.; v. anche M. MONTANARI, *Commento all'art. 99*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, I, cit., pp. 1502 ss.; S. CONFORTI, *Le impugnazioni dello stato passivo*, Torino, 2021, p. 193.

⁴⁹ Così espressamente S. CONFORTI, *Le impugnazioni dello stato passivo*, cit., p. 199.

⁵⁰ V., per alcune indicazioni, A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., pp. 1587 ss.; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., pp. 6 ss.; R. FRATINI, *L'adesione*, cit., pp. 156 ss.

⁵¹ Così, sul punto, con chiarezza, M. MONTANARI, *Esclusività del procedimento di verifica dello stato passivo e ordine pubblico processuale*, in *Fall.*, 2019, pp. 1353 ss.

⁵² V., in particolare, A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., p. 1589; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., pp. 7-8.

ammessi⁵³; al contrario, nel processo collettivo, nel quale non sono perseguiti - a differenza di quanto accade nella procedura concorsuale - anche interessi sovraindividuali, permane il potere dei singoli componenti della classe di agire individualmente per la tutela del proprio diritto soggettivo, con conseguente rinuncia (implicita) alla possibilità di avvalersi dell'azione di classe⁵⁴, di talché la possibilità di convogliare le plurime istanze dei componenti della classe nell'attività processuale di un unico soggetto esige necessariamente (e, appunto, a pena di inammissibilità della domanda di adesione) la manifestazione della volontà unilaterale di conferire uno specifico mandato al rappresentante comune. Ne consegue che mentre il curatore si vede assegnato il potere di impugnare il decreto di esecutività dello stato passivo in quanto rappresentante *ex lege* degli interessi dei creditori e, vieppiù, in quanto parte del precedente grado di giudizio (in veste di convenuto e quale sostituto processuale *ex lege* del debitore insolvente), il rappresentante comune dei componenti della classe esercita il potere di impugnare il decreto del giudice delegato in veste di mandatario degli aderenti quantunque non abbia assunto la qualità di parte nel procedimento dinanzi al giudice delegato⁵⁵. Infatti, tra gli «atti di natura ... processuale» che il rappresentante comune è delegato a compiere si può sicuramente annoverare anche l'atto con cui venga impugnato, nell'interesse dei singoli componenti della classe risultati soccombenti, l'accertamento compiuto dal giudice delegato. È dunque un'esigenza di economia processuale correlata al numero potenzialmente elevato dei componenti della classe che giustifica l'esclusione del potere impugnatorio in capo ai singoli aderenti e la sua riduzione al potere del rappresentante.

Ebbene, se si escludono i caratteri peculiari che, come or ora accennato, contraddistinguono il ruolo del rappresentante, vi è significativa sintonia tra il procedimento *de quo* e quello di accertamento dello stato passivo; una sintonia che induce a riflettere sulla valenza dell'accertamento risultante dal provvedimento del giudice delegato e, in particolare, a chiedersi se possa ad esso attribuirsi una efficacia ai soli fini del processo di classe, come un'efficacia «ai soli fini del concorso» è attribuita al decreto di esecutività dello stato passivo (art. 204, comma 5, d.lgs. n. 14/2019).

La ragione principale d'una tale efficacia in ambito concorsuale - riconosciuta dalla giurisprudenza assai prima del suo recepimento nella legge ad opera del d.lgs. n. 5/2006 - va rinvenuta, oltre che nel regime di opponibilità degli atti alla massa dei creditori, nella «posizione marginale del fallito» determinata soprattutto dall'assenza di qualsiasi potere

⁵³ V., per tutti, M. MONTANARI, *Commento all'art. 99*, cit., pp. 1503 ss.

⁵⁴ Sul punto v. A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., p. 1588; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., p. 6; R. FRATINI, *L'adesione*, cit., pp. 156 ss.

⁵⁵ V., in particolare, R. DONZELLI, *Le impugnazioni della sentenza e del decreto*, cit., p. 254.

impugnatorio del decreto del giudice delegato⁵⁶. Infatti, l'incidenza della regola dello spossessamento del debitore anche sugli atti aventi natura processuale (artt. 142-143, d.lgs. n. 14/2019) comporta la legittimazione esclusiva del curatore nel promuovere quelle iniziative che concorrono a salvaguardare la consistenza del patrimonio debitorio, sul quale convergono sia gli interessi del debitore (che certo non perde la titolarità dei propri beni a seguito dell'apertura della liquidazione giudiziale) sia gli interessi dei creditori (che rinvergono nell'attivo patrimoniale del debitore la garanzia per la soddisfazione delle proprie pretese in sede concorsuale). Analogamente, nel caso del procedimento di accertamento dei diritti individuali dei componenti della classe, il rappresentante comune degli aderenti agisce (in via impugnatoria) sulla scorta d'una legittimazione esclusiva, quantunque essa non sia determinata dalla legge ma dalla volontà degli stessi aderenti, ai quali spetta dunque una «posizione marginale» nel relativo procedimento di opposizione⁵⁷; una posizione che non è, insomma, troppo dissimile da quella del debitore concorsuale nel procedimento di opposizione al decreto sullo stato passivo.

D'altra parte, l'accertamento dei diritti individuali omogenei non mira a costituire un titolo esecutivo che l'aderente possa far valere al di fuori del processo di classe, atteso che, da un lato, il provvedimento condannatorio del residente contenuto nel decreto del giudice delegato si completa, come detto, alla stregua dell'accertamento della responsabilità dell'illecito in capo al resistente che è contenuto nella sentenza di accoglimento dell'azione di classe e, dall'altro lato, che l'attuazione forzata del credito può avvenire esclusivamente nelle forme prescritte dall'art. 840-terdecies c.p.c. per l'esecuzione forzata collettiva⁵⁸.

⁵⁶ In questo senso v., soprattutto, Cass. civ., 16 ottobre 2020, n. 22611, ined., da cui sono tratte le parole riportate tra virgolette nel testo; cui *adde* Cass. civ., 21 gennaio 2020, n. 1197, ined. In dottrina v., specialmente, G. BOZZA, *Lo stato passivo*, cit., p. 608; G. FAUCEGLIA, *L'accertamento del passivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso – L. Panzani, Milano, 2016, pp. 1636 ss.

⁵⁷ È pur vero che tale posizione è, per così dire, autoindotta dalla scelta dell'aderente di conferire il mandato al rappresentante comune, ma non è meno vero che è la struttura stessa del procedimento a reggersi su tale mandato, dal momento che il suo conferimento viene a costituire un requisito essenziale, a pena di inammissibilità, della stessa domanda di adesione e la sua revoca comporta comunque l'inefficacia dell'adesione (art. 840-septies, commi 2 e 7, c.p.c.). Di talché, sembra lecito affermare che il componente della classe, ove intenda avvalersi degli effetti dell'azione promossa dal *named plaintiff*, non possa far altro che accettare quella *deminutio* dei poteri processuali che, allo scopo di razionalizzare e rendere più efficiente l'accertamento dei diritti individuali omogenei, lo costringe ai margini del procedimento, *id est* al potere di proporre la domanda di adesione e conferire il mandato al rappresentante comune.

⁵⁸ Alla luce della nuova disciplina codicistica, v. soprattutto le osservazioni svolte da F. COSSIGNANI, *Adempimento spontaneo ed esecuzione collettiva*, in *Class action*, cit., pp. 211 ss.; *Id.*, *L'esecuzione nella nuova azione di classe*, in *Rass. esec. forz.*, 2019, pp. 1056 ss.; v. anche A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., p. 1591; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., p. 11.

Un'evenienza, quest'ultima, che non ammette alternative individuali ad opera di quegli aderenti che siano rimasti insoddisfatti a causa dell'inadempimento del resistente⁵⁹: infatti, l'esecuzione collettiva costituisce - alla stessa stregua dell'onere di conferimento del mandato al rappresentante comune - una condizione necessaria per agire *in executivis* contro il resistente, essendo invece inammissibile l'esecuzione forzata su iniziativa di soggetti diversi dal rappresentante comune⁶⁰. Ecco allora che non sembra sbagliato ritenere che anche il decreto che accerta i diritti individuali omogenei degli aderenti si caratterizzi per una efficacia (anche di giudicato) avente carattere *endoprocedimentale*: essa vale cioè ai soli fini della specificazione della condanna - resa dal tribunale tra le sole parti del processo di classe (*id est* il rappresentante di classe e il resistente) - in rapporto alle pretese (omogenee) vantate dai rappresentanti della classe che abbiano aderito all'azione collettiva. A questa conclusione si può pervenire, del resto, anche tenendo conto che l'esercizio dell'azione di classe e, soprattutto, la proposizione della domanda di adesione non implica alcuna perdita del diritto (costituzionalmente tutelato) di agire individualmente in giudizio: esso non solo non è pregiudicato dalla scelta del rappresentante della classe di agire - nell'interesse della classe medesima - con lo strumento collettivo, ma non è pregiudicato neppure dalla scelta del componente della classe di manifestare la volontà di aderire all'azione collettiva. A quest'ultimo proposito, va osservato che la previsione - peraltro alquanto complicata - dell'art. 840-*undecies*, comma 9, c.p.c., nell'ammettere che l'aderente possa disporre la revoca della (*rectius* la rinuncia alla) domanda di adesione prima che il decreto sia divenuto definitivo (eventualmente anche in sede di opposizione)⁶¹, palesa come vi sia una insopprimibile discontinuità tra l'azione di classe e l'azione individuale del componente della classe.

Tutto questo consente, in conclusione, di interpretare in un senso favorevole alla natura endoprocedimentale del giudizio di accertamento dei diritti individuali omogenei anche la previsione contenuta nell'art. 840-*quinquiesdecies*, comma 3, c.p.c., secondo cui gli aderenti, a seguito della chiusura del procedimento di adesione, «riacquistano il libero esercizio delle azioni nei confronti del debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti». La disposizione, che riecheggia quella sugli effetti della chiusura della liquidazione giudiziale nei confronti dei creditori (v. art. 236, comma 3, d.lgs. n. 14/2019), non può voler dire altro che tutto quanto non sia emerso nell'accertamento compiuto dal giudice delegato (o dal tribunale in sede di

⁵⁹ V. F. COSSIGNANI, *Adempimento spontaneo ed esecuzione collettiva*, cit., p. 231.

⁶⁰ V. ancora F. COSSIGNANI, *Adempimento spontaneo ed esecuzione collettiva*, cit., pp. 225 ss.; v. anche R. DONZELLI, *Le impugnazioni della sentenza e del decreto*, cit., p. 269; A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., p. 1591.

⁶¹ Sul punto v., specialmente, R. DONZELLI, *Le impugnazioni della sentenza e del decreto*, cit., 277 ss.; v. anche A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., pp. 1587 ss.; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019 n. 31*, cit., pp. 6 ss.

opposizione) può essere perseguito individualmente dagli aderenti nei confronti del debitore che pure abbia adempiuto (alla sentenza di accoglimento dell'azione di classe e) al provvedimento di condanna in favore degli aderenti⁶². Il giudicato che si venga a formare su tale ultimo provvedimento non comporta, dunque, alcuna preclusione ad agire per il recupero di ciò che non sia stato riconosciuto in sede collettiva dinanzi al giudice ordinario (*rectius* non specializzato) e al di fuori del procedimento di classe. L'unica possibilità di aver precluso un tale effetto è costituita, al pari di quanto accade con l'esdebitazione del debitore nella liquidazione giudiziale, da ciò che può conseguire all'adesione ad un accordo transattivo o conciliativo concluso tra il rappresentante comune e il resistente *ex art. 840-quaterdecies* c.p.c., allorché sia pattuita - com'è ragionevole ipotizzare - la rinuncia all'azione oltre che quella agli atti del giudizio a carico del rappresentante della classe e degli aderenti.

4. Inquadramento dogmatico della domanda di adesione all'azione di classe

Le brevi considerazioni fin qui svolte portano dunque a ritenere che il regime di manifestazione della volontà di aderire all'azione di classe non sia più ascrivibile al *genus* dell'atto negoziale a rilevanza processuale, com'era possibile sostenere in rapporto all'«atto di adesione» dell'art. 140-*bis*, d.lgs. n. 206/2005; un atto avente, cioè, una natura atipica, espressione della volontà del componente della classe di avvalersi degli effetti della sentenza con cui fosse stata accolta la domanda del rappresentante e destinato comunque ad essere riversato all'interno del processo pendente quantunque senza implicazioni circa l'acquisizione della qualità di parte (di quel processo) in capo all'aderente.

Nella nuova disciplina codicistica, ancora formalmente rinchiusa entro il paradigma (troppo stretto) dell'*opt-in*, la volontà di aderire all'azione di classe si manifesta invece mediante la proposizione di *una vera e propria domanda giudiziale*, in cui il componente della classe, più che manifestare la volontà di avvalersi degli effetti della sentenza di accoglimento, richiede l'accertamento - ai fini del processo collettivo e dell'esecuzione forzata collettiva - del proprio diritto di credito nei confronti del debitore. Di talché, il componente della classe, se rimane estraneo al processo di classe (quand'anche abbia aderito dopo l'ordinanza di ammissibilità), diviene parte del procedimento di accertamento dei diritti degli aderenti; a tal proposito, viene fatto di osservare come un tale assetto normativo finisca quasi per dar vita ad un *iter* processuale che opera, per così dire, in sintonia col paradigma dell'*opt-out* (o, quanto meno, vi opera in misura maggiore di quanto non accadesse con la precedente disciplina in materia di tutela dei consumatori), dal momento che il componente della classe, eccezion fatta per la

⁶² V. sul punto, R. DONZELLI, *Le impugnazioni della sentenza e del decreto*, cit., p. 270; A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., p. 1591; R. FRATINI, *L'adesione*, cit., pp. 167 ss.

possibilità di manifestare la volontà di aderire all'azione di classe successivamente alla pronuncia dell'ordinanza di ammissibilità, non è tenuto a manifestare tale propria volontà prima che sia accertata la fondatezza della domanda di classe; ecco allora che il fatto di poter rimanere estraneo al processo collettivo, riservandosi il diritto (processuale) di aderirvi a seguito della sentenza di accoglimento, se non consente che il titolare del diritto individuale omogeneo sia per ciò solo considerato membro della classe con diritto ad esserne estromesso (com'è nel meccanismo dell'*opt-out*), è certo un segno di (minima) evoluzione del sistema processuale *in parte qua*.

La valorizzazione della domanda di adesione come atto introduttivo del giudizio è supportata, poi, dall'espressa previsione - contenuta nell'art. 840-*septies*, comma 6, c.p.c. - della idoneità a produrre gli «effetti della domanda giudiziale»: qui riecheggia, ancora una volta, la disciplina concorsuale, dal momento che anche per la domanda di ammissione allo stato passivo il legislatore ha espresso un precetto analogo (v. art. 202, d.lgs. n. 14/2009); in entrambi i casi, dunque, la legge contribuisce a sciogliere ogni dubbio sulla natura contenziosa del procedimento e sul riconoscimento di una stretta e necessaria correlazione tra quanto sia stato domandato dal creditore e quanto venga pronunciato dal giudice delegato. In questa prospettiva, l'applicazione degli effetti della domanda giudiziale implica, in particolare, che la domanda di adesione costituisca una vera e propria modalità di esercizio del diritto di credito verso il resistente, il cui termine prescrizionale rimarrà interrotto in conseguenza della presentazione della domanda e finanche sospeso a seguito del suo accoglimento da parte del giudice delegato (o del tribunale in sede di opposizione); l'accoglimento della domanda di adesione fungerà poi anche da presupposto per l'eventuale remunerazione del credito ai sensi dell'art. 1283 c.c.⁶³ D'altra parte, sembra che la rinuncia alla domanda di adesione non esiga l'accettazione della controparte costituita (come richiesto in generale dall'art. 306 c.p.c.), in quanto, secondo il menzionato art. 840-*undecies*, comma 9, c.p.c., il carattere non definitivo del decreto viene posto come unica condizione per la rinuncia alla domanda di adesione e il conseguente esercizio dell'azione individuale. A ben vedere, una tale limitazione sembra alquanto ragionevole, posto che, a parte il carattere speciale della disciplina *de qua* rispetto alla regola generale dell'art. 306 c.p.c. (argomento, questo, al cui accoglimento sarebbe

⁶³ Sul tema degli effetti della domanda giudiziale sembra, in questa sede, superflua ogni dettagliata indicazione bibliografica, essendo sufficiente rinviare, oltre che a C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2024, pp. 35 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 2024, pp. 71 ss., ad A. CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, II, 1, Torino, 1980, pp. 191 ss. e, più recentemente, A. CHIZZINI, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, Milano, 2018, pp. 54 ss.

comunque ostativa l'espressa previsione di applicare gli effetti della domanda giudiziale)⁶⁴, un eventuale condizionamento della rinuncia all'accettazione da parte del resistente comporterebbe il rischio di pregiudicare l'esercizio del diritto di agire individualmente; un diritto di rango costituzionale il cui esercizio non può essere condizionato all'attuazione di una norma di legge ordinaria.

Ed in effetti, la rinuncia alla domanda di adesione comporta soltanto la perdita del potere di aderire nuovamente all'azione di classe, senza influire invece sulla persistenza del diritto di agire individualmente; in questo senso, sembra lecito affermare che la rinuncia alla domanda di adesione è qualcosa di intrinsecamente *diverso* rispetto alla rinuncia agli atti del giudizio *ex art. 306 c.p.c.* poiché non ammette la riproponibilità della medesima domanda di adesione, mentre lascia di per sé sopravvivere l'azione (impregiudicata dalla proposizione della domanda di adesione) con cui far valere il diritto di credito in via individuale. E questo, a ben vedere, conferma quanto si è osservato nel precedente paragrafo, e cioè l'efficacia endoprocedimentale del decreto di accertamento dei diritti individuali omogenei dei componenti della classe: la rinuncia alla domanda di adesione, in cui è pur fatto valere il medesimo diritto di credito verso il resistente, vale solo ai fini del procedimento sui diritti omogenei (quantunque non ne sia ammessa la riproposizione), mentre non attinge il piano dell'azione individuale esercitabile al di fuori del processo collettivo.

Questo porta a concludere in merito all'oggetto della domanda di adesione, riconoscendo che, se l'accertamento del diritto individuale omogeneo vale solo ai fini del processo collettivo e lascia impregiudicata l'azione individuale per la parte non soddisfatta del credito, ciò che viene accertato non è propriamente il diritto di credito ma piuttosto il *diritto dell'aderente a partecipare alle ripartizioni* determinate nel decreto ed eseguite spontaneamente dal debitore o per il tramite dell'azione esecutiva collettiva⁶⁵. Il diritto alla ripartizione è ciò che tradizionalmente viene accertato nel procedimento per l'esame dello stato passivo nella liquidazione giudiziale: anche qui esso costituisce il riflesso dell'efficacia endoconcorsuale dell'accertamento e si traduce in null'altro che nel diritto a prelevare, in sede di riparto, una somma entro i limiti del credito vantato verso il debitore. Nondimeno, mentre l'accertamento di una tale pretesa si svolge in un contraddittorio a cui il debitore insolvente non partecipa, l'accertamento dei diritti individuali omogenei si svolge invece in un contraddittorio a cui i creditori possono prendere parte: e non per il tramite del rappresentante comune (il cui

⁶⁴ Sulla rinuncia agli atti del giudizio v., specialmente, G. DELLA PIETRA, *Commento all'art. 306 c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2022; F. CUOMO ULLOA, *Estinzione del processo*, in *Commentario del c.p.c.*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2016, pp. 230 ss..

⁶⁵ Sul tema con riferimento alla procedura fallimentare v. E.F. RICCI, *Efficacia ed oggetto delle sentenze sulle opposizioni e sulle impugnazioni nella formazione del passivo fallimentare*, in *Riv. dir. proc.*, 1992, pp. 1080 ss.

potere di compiere atti processuali nell'interesse dei componenti della classe è circoscritto, come detto, al diritto di impugnare il decreto, di transigere la lite e di agire collettivamente *in executivis*, ma personalmente mediante il deposito di «osservazioni scritte» sul progetto dei diritti individuali (art. 840-*octies*, comma 3, c.p.c.). Ed è una posizione, questa, certamente diversa da quella del debitore insolvente; ma, se ciò è vero, è pur vero che (i) la partecipazione al contraddittorio è limitata a tali osservazioni, (ii) l'attività istruttoria è consentita solo in via documentale (art. 840-*octies*, comma 3, c.p.c.) e, (iii) per quanto gli aderenti interessati possano intervenire nel giudizio di opposizione promosso dal rappresentante comune o dal resistente, nuovi mezzi di prova non sono ammessi e nuovi documenti non possono essere prodotti (art. 840-*undecies*, commi 6-7, c.p.c.).

Tutto questo evidenzia, dunque, come la domanda di adesione possa essere deliberata nel procedimento per l'esame dei diritti individuali omogenei soltanto in rapporto alla partecipazione al riparto dei creditori, senza implicazioni extraprocedimentali sulla parte non soddisfatta delle singole pretese.

Marcello Gaboardi
Associato dell'Università Bocconi