

AGGREGAZIONE DI CAUSE E AGGREGAZIONE DI QUESTIONI NEL CONTENZIOSO DI SERIE

Andrea Giussani
Ordinario di Diritto Processuale Civile
Università di Urbino

INDICE: 1 Le demandas repetitivas nel Novo CPC brasiliano; 2 Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz (KapMuG) germanica e accertamento pregiudiziale del contratto collettivo nel diritto italiano; 3 Azioni di classe e prevalenza delle questioni comuni; 4 Frazionamento della classe e delibazione di non manifesta infondatezza delle eccezioni personali; 5 Liquidazione globale del danno risarcibile e rinuncia alla precisione della liquidazione individuale; 6 Funzioni di deterrenza della classe olistica e conciliazione collettiva.

1 LE DEMANDAS REPETITIVAS NEL NOVO CPC BRASILIANO

La disciplina speciale introdotta dal *Novo CPC* brasiliano per le *demandas repetitivas* suggerisce alla ricerca comparatistica di riflettere sulla contrapposizione fra due modelli moderni di incremento dell'efficienza della gestione delle risorse dell'amministrazione della giustizia civile in presenza di liti caratterizzate dalla comunanza di questioni, quando tali liti siano talmente numerose da giustificare deroghe al regime ordinario del giudizio civile individualizzato (e non risultino quindi sufficienti le tradizionali regole del cumulo processuale).

Un primo modello, infatti, si riconduce alle tecniche dirette a convogliare in un unico procedimento la risoluzione della sola questione comune al contenzioso seriale. Un modello affatto diverso è invece diretto ad aggregare le controversie ripetitive nel loro complesso, compresi gli aspetti non comuni.

Queste brevi considerazioni si propongono di confrontarne il funzionamento sul piano della teoria generale.

2 KAPITALANLEGERMUSTERVERFAHRENSGESETZ (KAPMUG) GERMANICA E ACCERTAMENTO PREGIUDIZIALE DEL CONTRATTO COLLETTIVO NEL DIRITTO ITALIANO

Un esempio assai dibattuto della prima di queste possibili soluzioni si ritrova nella *Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz (KapMuG)* germanica, introdotta nel 2005 e ancora riformata nel 2012¹, ma sono possibili anche riferimenti al diritto italiano: si ispirano a tale logica, infatti, già l'art. 30 del d.lgs. n. 80 del 31.3.1998, introduttivo dell'art. 68-*bis* del d.lgs. n. 29 del 3.2.1993, oggi recepito nell'art. 64 del d.lgs. n. 165 del 30.3.2001 (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*), nonché il sistema di cui all'art. 420-*bis* c.p.c. e all'art. 146-*bis* disp. att. c.p.c. (che ne integra il dettato richiamando le disposizioni di cui allo stesso d.lgs. n. 165), introdotti dagli artt. 18 e 19 del d.lgs. n. 40 del 2.2.2006².

L'idea di fondo consiste nell'imporre alle parti del contenzioso seriale una risoluzione uniforme delle sole questioni comuni attraverso un

1 Con legge del 19.10.2012 il termine di efficacia della disciplina è stato prorogato sino all'1.11.2020, introducendovi lievi modifiche (v., in proposito, per es., A. Halfmeier, *Zur Neufassung des KapMuG und zur Verjährungshemmung bei Prospekthaftungsansprüchen*, in *Betrieb*, 2012, 2145).

2 Su queste discipline v. già, per es., L. De Angelis, *Riforme della giustizia del lavoro: condizionamento della giurisdizione e accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. Taruffo (a cura di), *Le riforme della giustizia civile*, II ed., Torino, 2000, 676 e cfr., da ult., per es., G. Amoroso, *La Corte di cassazione ed il precedente*, in M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti (a cura di), *La Cassazione civile*, Bari, 2015, 58.

accesso accelerato all'ultimo grado di giudizio, con correlativa sospensione dell'esame del merito della domanda sino alla loro definizione in tale sede.

Le funzioni perseguite si possono considerare anzitutto di economia endoprocessuale: la risoluzione *uno actu* delle questioni comuni si riferisce alle sole controversie già pendenti. Secondaria risulta, per converso, la funzione di assicurare uniformità di trattamento a situazioni identiche: può tollerarsi che le parti scelgano di rifiutare l'aggregazione della loro lite, anche se la decisione della questione comune è comunque destinata a influenzarne l'esito, così come a incidere sulle cause non ancora promosse.

Si può inoltre ritenere che si realizzi un'agevolazione dell'accesso alla giustizia soprattutto per le domande non ancora proposte, la cui risoluzione può essere semplificata dalla formazione del precedente aggregato: per quelle coinvolte nel procedimento, infatti, la dilazione della pronuncia sul merito imposta dal meccanismo aggregativo è scarsamente compensata dal risparmio del costo della difesa sulla sola questione comune, restando da affrontare quello della difesa sulle altre.

Sacrificata risulta principalmente la garanzia del contraddittorio individuale, poiché all'aggregazione si accompagnano meccanismi di selezione dei difensori tecnici coinvolti nel contenzioso seriale, diretti a unificare la gestione delle deduzioni nel contesto della fase procedimentale comune: da questo discende l'esigenza di permettere alle parti di rifiutare l'aggregazione, sia pure con modeste possibilità di conseguire concretamente risultati diversi.

3 AZIONI DI CLASSE E PREVALENZA DELLE QUESTIONI COMUNI

L'esempio più celebre della seconda soluzione è oggi senz'altro quello della *class action* statunitense, diffusasi principalmente negli ordinamenti di *common law*³, ma sempre più presente anche in quelli di derivazione

3 Merita in proposito segnalare che da ultimo anche in Inghilterra (massimamente restia a seguire impostazioni sviluppate negli Stati Uniti) si è introdotta la forma più avanzata di *class action*, in cui si contempla non l'onere di adesione alla stessa del componente del gruppo, ma l'onere di recedervi, ai fini delle azioni di risarcimento del danno antitrust (si è osservato il seguente schema normativo: l'art. 81 del Consumer Rights Act del 2015 rinvia al proprio Allegato – Schedule - 8, che modifica, tra l'altro, il Competition Act del 1998 modificandone la Section 47B, a sua volta richiamata anche dalla Section 15B dell'Enterprise Act del 2002 parimenti modificato contestualmente; la Section 47B a sua volta contempla l'opt-out ai nn. 7 e 11; l'indicazione nettamente contraria all'opt-out formulata dal Parlamento Europeo con la risoluzione del 2.2.2012, 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, è stata infatti considerevolmente sfumata, ammettendone l'uso quando sia

romanistica, in forme talvolta più talaltra meno esplicitamente debentrici della tradizione autoctona dell'*actio popularis*⁴: benché si ritrovino anche esperienze di *single issue class action*, infatti, l'*Idealtypus* dell'azione di classe si caratterizza per l'estensione del suo oggetto alla domanda nel suo complesso⁵.

La principale differenza rispetto alla prima tecnica si presenta sul piano degli effetti di accesso alla giustizia ed economia processuale: il sacrificio della garanzia del contraddittorio individuale è equivalente, poiché anche in tale ipotesi la difesa tecnica viene selezionata, e la funzione di assicurare uniformità di trattamento pure (considerando che sono peculiari all'esperienza di *common law*, e comunque relativamente rari anche colà, i casi in cui non si permette almeno il recesso individuale dall'azione⁶), ma l'abbattimento dei costi unitari della tutela può risultare enormemente superiore.

Le condizioni di efficienza dell'istituto, però, secondo una comune valutazione, si rinvengono solo a condizione che vi sia un rapporto favorevole fra le questioni comuni e quelle individuali: si ritrovano di frequente nei testi normativi, o almeno nelle loro interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, indicazioni nel senso che costituisca condizione di ammissibilità dell'azione di classe la prevalenza delle questioni comuni⁷; ove

nell'interesse dell'amministrazione della giustizia, nella 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; cfr., nel senso che l'interesse per l'amministrazione della giustizia debba potersi riscontrare molto facilmente, lo *Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims*, Vienna, 2014, 42).

- 4 Maggiormente, per es., nelle esperienze iberiche, meno in quelle scandinave (per un panorama delle vicende europee in materia v., per es., T. Armenta Deu, *Acciones colectivas: los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y ejecución de sentencia*, in E. Oteiza, *Procesos colectivos. Class actions*, Buenos Aires, 2012, 247).
- 5 Particolarmente significativa, in proposito, è l'esperienza statunitense, dove tale soluzione, esplicitamente contemplata dalla *Federal Rule of Civil Procedure 23(c)(4)(A)*, ha incontrato molte resistenze (cfr., per es., *In re Rhone Poulenc Rorer, Inc.*, 51 F3rd. 1293, 7th Circ. 1995, cert. den. 116 S.Ct. 184, 1995, e *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F3rd. 745, 5th Circ. 1996; la giurisprudenza successiva è stata meno peraltro ostile, cfr., per vari riferimenti, Federal Judicial Center, *Manual for Complex Litigation 4th*, Washington, D.C., 2004, §21.24; E.F. Sherman, *Segmenting Aggregate Litigation: Initiatives and Impediments for Reshaping the Trial Process*, in 25 *Review of Litigation* 709, 2006; The American Law Institute, *Principles of the Law. Aggregate Litigation*, St. Paul, Minn., 2010, 94; *si vis*, cfr. A. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 105).
- 6 Le vicende giurisprudenziali statunitensi hanno visto respingere numerosi tentativi di ampliare l'ambito della c.d. *mandatory class action*: cfr. spec. i celebri casi *Amchem Prod., Inc. v. Windsor*, 521 U.S. 591 (1997), *Ortiz v. Fibreboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999), *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 131 S.Ct. 2541 (2009).
- 7 Per es. in Italia questa interpretazione viene sostenuta, in assenza di espressa previsione legislativa, ai fini dell'applicazione della normativa di cui all'art. 140 bis cod. cons., da M. Taruffo, *La tutela collettiva*

questa indicazione non si rinvenga esplicitamente nel dettato legislativo, si prospetta anche, in alternativa, che le questioni individuali neppure formino oggetto del giudizio di classe⁸.

Quest'ultima lettura tende ovviamente a ricondurre l'istituto al primo dei fenomeni qui delineati, e quindi al di fuori del perimetro di ciò che si potrebbe considerare come azione di classe in senso proprio: essa muove dalla premessa che l'aggregazione di domande non possa conseguire efficienze superiori a quelle dell'aggregazione di questioni.

Anche la mera affermazione dell'esigenza che le questioni comuni siano prevalenti può meritare peraltro di essere esaminata criticamente: sembra infatti che caratterizzi anch'essa una meccanica rigidità non del tutto compatibile con l'obiettivo di ottimizzare concretamente il rapporto fra le risorse giurisdizionali impiegate e i risultati di attuazione accurata della norma sostanziale.

4 FRAZIONAMENTO DELLA CLASSE E DELIBAZIONE DI NON MANIFESTA INFONDATEZZA DELLE ECCEZIONI PERSONALI

Una prima possibilità di assicurare efficienza all'aggregazione di domande in presenza di questioni non comuni a tutte si può agevolmente individuare osservando che anche queste possono assai sovente risultare passibili di aggregazione perché comuni a una parte consistente del gruppo interessato: l'eccezione di prescrizione sollevata nei confronti della classe di consumatori che agisce per un risarcimento del danno solitamente si presenta sul piano sia giuridico, sia fattuale, in termini identici rispetto a un buon numero di essi. In tali fattispecie sembra dunque che il frazionamento della classe in sottoclassi costituisca la migliore soluzione tecnica.

Non si devono tuttavia trascurare i limiti di tale impostazione: dall'articolazione in sottoclassi necessariamente consegue una corrispondente articolazione del contraddittorio; oltre a ridurre

nell'ordinamento italiano: lineamenti generali, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, 115.

⁸ In Italia questo tipo di lettura viene per es. proposto, ancora ai fini dell'applicazione della normativa di cui all'art. 140 bis cod. cons., da S. Menchini, A. Motto, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1421 (ove si prospetta l'esclusione dalla classe dei soggetti l'accoglimento delle pretese dei quali richieda la cognizione di questioni personali), R. Donzelli, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, 268 (ove si prospetta che tale esclusione sia subordinata a una delibazione di non manifesta infondatezza della questione personale quando essa sia introdotta dal convenuto), A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli, 2013, 644 (ove si prospetta che rispetto ai destinatari di eccezioni personali l'accoglimento della domanda nell'azione di classe operi come condanna con riserva).

l'abbattimento dei costi unitari direttamente, questa rende relativamente più difficoltosa la conciliazione della controversia. Si tratta dunque di un percorso apprezzabile ma non sempre praticabile, anche in considerazione della circostanza che mentre la classe ha interesse a evitare per quanto possibile la deduzione di questioni difformi, compreso il caso in cui tale omissione potrebbe pregiudicare una sua parte, il convenuto può avere interesse a inflazionarne, anche deducendole a prescindere dalla loro apparenza di fondatezza al mero scopo di ostacolare la tutela giurisdizionale nei suoi confronti⁹.

In alternativa, non sembra azzardato subordinare l'ammissibilità della deduzione di questioni non comuni nell'azione di classe, specie se ad opera del convenuto, ad una loro delibazione di non manifesta infondatezza¹⁰. Si tratta di una soluzione sottile ed equilibrata, che merita di essere considerata anche in assenza di esplicite previsioni legislative in suo favore.

Ancora più efficace, però, potrebbe risultare l'adozione di una prospettiva più d'insieme nel valutare le condizioni di efficienza dell'aggregazione delle domande seriali.

5 LIQUIDAZIONE GLOBALE DEL DANNO RISARCIBILE E RINUNCIA ALLA PRECISIONE DELLA LIQUIDAZIONE INDIVIDUALE

Tale prospettiva consiste nella rinuncia all'assoluta precisione nell'attuazione della norma sostanziale in cambio di una sua attuazione complessivamente più ampia.

Ad un livello più immediato, essa suggerisce che in particolare ai fini della liquidazione del *quantum* risarcitorio eventuali difformità di posizione fra i componenti della classe si possano ignorare, privilegiando

9 Nell'esperienza statunitense si riconosce diffusamente che la tecnica del c.d. *subclassing* trova un limite nell'esigenza di prevenire "balcanizzazioni" del contraddittorio (v., per es., anche per ulteriori riferimenti, The American Law Institute, *Principles of the Law. Aggregate Litigation*, cit., 158); merita peraltro rimarcare che tale prudenza non si spinge affatto, come talora si è pensato in Italia, sino a imporre che il contraddittorio abbia struttura esclusivamente bipolare (cfr., *si vis*, quanto osservato in A. Giussani, *L'edizione definitiva dei Principles of the Law of Aggregate Litigation dell'American Law Institute*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 424).

10 In Italia, ai fini dell'applicazione della disciplina dell'art. 140 *bis* cod. cons., invero privo di espresse disposizioni in tal senso, questa soluzione può muovere dall'idea di subordinare l'ammissibilità di eccezioni personali alla loro apparenza di fondatezza, facendo però discendere, dalla sussistenza del relativo *fumus boni iuris*, anziché l'esclusione dalla classe del destinatario, la cognizione dell'eccezione nell'azione di classe, qualificando di conseguenza l'accoglimento della domanda come condanna con riserva delle sole eccezioni che siano invece sprovviste di *fumus* (cfr. in proposito le proposte interpretative già illustrate nella nota 8, *supra*).

l'accuratezza della determinazione globale del danno mediante tecniche di campionamento: si tratta essenzialmente di svuotare il conflitto fra la classe e la sua controparte del costo della maggiore accuratezza dell'accertamento, per trasferirlo in un potenziale conflitto fra i singoli componenti della classe (lasciando a questi ultimi la scelta se affrontarlo o rinunciare a pretendere una quantificazione accurata)¹¹.

L'opzione in discorso si può illustrare ricorrendo a una metafora già adottata per descrivere le logiche dell'azione di classe: quella secondo cui con tale istituto si permette di offrire sul mercato un servizio di assistenza legale che, rispetto a quello tradizionale, somiglia a un trasporto in autobus anziché in taxi¹². Rispetto al taxi l'autobus è senza dubbio più lento, e chi se ne avvale non viene sempre trasportato proprio alla sua esatta destinazione, ma l'abbattimento dei costi unitari permette l'accesso al sistema a chiunque e complessivamente alleggerisce il traffico cittadino: in termini non dissimili può guardarsi all'azione di classe in cui le questioni difformi in punto di quantificazione individuale vengano rimesse a eventuali successivi conflitti fra i componenti della classe, assicurando precisione solo alla liquidazione globale del danno risarcibile tramite metodi statistici.

6 FUNZIONI DI DETERRENZA DELLA CLASSE OLISTICA E CONCILIAZIONE COLLETTIVA

La prospettiva appena illustrata risulta naturalmente appetibile soprattutto in presenza di due condizioni.

La prima è che l'ordinamento attribuisca speciale importanza alla deterrenza delle condotte illecite: l'esattezza della funzione compensativa del sistema della responsabilità civile viene infatti in parte pregiudicata in favore dell'esattezza della sua funzione sanzionatoria.

La seconda è che il gruppo di soggetti da tutelare si inquadri nella categoria, a suo tempo elaborata, delle c.d. classi olistiche: s'intende con

11 Questo tipo di tecnica si rinviene in varie esperienze statunitensi, in particolare quando la quantificazione globale del danno viene compiuta in via conciliativa (v., per es., le illustrazioni svolte in Federal Judicial Center, *Manual for Complex Litigation 4th*, cit., § 21.66), ed è stata proposta, per l'Italia, già nel disegno di legge C-4747 della XIV Legislatura, e ancora nel disegno di legge C-3017 della corrente XVII Legislatura (v., *si vis*, per un commento al primo d.d.l., non molto dissimile dal secondo, A. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., 194).

12 Si permetta in proposito di rinviare a A. Giussani, *Controversie seriali e azione collettiva risarcitoria*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 465 (*si vis*, v. anche A. Giussani, *Enter the Damage Class Action in European Law: Heading Towards Justice on a Bus*, in 28 *Civil Justice Quarterly* 132, 2009).

questa espressione indicare le classi comprensive di soggetti le cui pretese siano di fatto tutelabili solo in via aggregata, e non anche in via individuale (soprattutto perché di modesto valore unitario)¹³.

Merita infine aggiungere che in tali circostanze l'efficienza dell'istituto può essere ulteriormente promossa permettendo che l'azione a tutela della classe olistica sia passibile di definizione conciliativa, ma sempre a condizione che l'efficacia di quest'ultima sia condizionata a una delibazione giudiziale della sua equità, e che agli interessati sia concesso avvalersi di una facoltà di recesso entro termini decorrenti dalla ricezione della sua notizia legale¹⁴.

13 La nozione di classe olistica, sviluppata a partire dal concetto di derivazione statunitense di *individually unrecoverable claim*, può ricomprendere anche le ipotesi in cui è la prova del nesso di causalità a poter essere raggiunta solo in sede aggregata e non anche in sede individuale (si conceda nuovamente un rinvio, per la sua elaborazione, a A. Giussani, *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996, 260, e più di recente ancora a A. Giussani, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., 110, A. Giussani, *Azione di classe*, in *Enc. dir., Ann.*, VII, Milano, 2014, 137).

14 Si permetta di nuovo, per approfondimenti, un rinvio a quanto sviluppato nei contributi raccolti in A. Giussani (a cura di), *La conciliazione collettiva*, Milano, 2009, *passim*, e più di recente a A. Giussani, *Azione di classe*, cit., 150.