

REMO CAPONI

Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: risolti in tema «*class action*»

1. – Gli amici Sergio Menchini ed Ilaria Pagni hanno svolto da par loro l'analisi dei problemi processuali. Con questo ulteriore intervento, io mi sono assunto il ruolo di una specie di battitore libero: tenderei a riguardare il processo civile dall'esterno ed a creare – attraverso il riferimento al principio di proporzionalità – un ponte di collegamento con la riflessione degli altri studiosi del diritto.

2. - L'«azione collettiva risarcitoria» è ribattezzata nel nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. come «azione di classe».

Per la verità, sarebbe stato opportuno mantenere la vecchia denominazione, che appartiene alla tradizione terminologica italiana ed europea (*collective redress action*) e connota meglio lo strumento.

Si è lontani infatti dall'introduzione della *class action* di stampo nordamericano, che trae alimento non tanto della pur raffinata disciplina della *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, bensì piuttosto della mentalità degli avvocati e dei giudici chiamati ad applicarla, nonché delle regole che disciplinano il finanziamento delle spese processuali (*contingency fees*).

3. – Si è facili profeti nel ritenere che il nuovo strumento difficilmente conseguirà gli obiettivi che si propongono i fautori della *class action*.

Il probabile fallimento sarà determinato non tanto dai difetti tecnici della nuova normativa, che al contrario presenta un notevole miglioramento rispetto al testo precedente.

L'unico aspetto veramente critico è il seguente. È previsto che l'azione di classe possa applicarsi solo agli illeciti compiuti dopo il 16 agosto 2009. Il cedimento verso la tutela dell'interesse delle imprese a non essere destinatarie di azioni di classe con riferimento ad illeciti commessi nel passato è un elemento centrale dello scambio politico che consente l'entrata in vigore del nuovo istituto. Si tratta però di una irragionevole eccezione rispetto alla regola che, se si introducono nuove norme processuali, consente la deduzione in giudizio di diritti sorti in un momento anteriore rispetto a quello in cui si agisce secondo le nuove norme. Tale limitazione è pertanto inconstituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. e merita di cadere sotto la

scure di una pronuncia di accoglimento da parte della Corte costituzionale.

L'eventuale fallimento deriva da quella verità intuita dai primi sociologi del diritto nelle prime decadi del Novecento: il baricentro dello sviluppo del diritto non risiede né nella legislazione, né nella giurisprudenza, bensì nella società stessa. Ed a questo punto basta fare un sondaggio in questa sala.

Attraverso la *class action* il processo civile dovrebbe arricchirsi di una nuova funzione: quella di regolazione e di controllo delle condotte sociali ed economiche che incidono non tanto sugli interessi di un individuo isolato, quanto sugli interessi di una collettività di individui.

Mi rivolgo agli avvocati: alzino la mano coloro che si ritengono pienamente pronti a cogliere nel processo civile non tanto uno strumento di tutela giurisdizionale dei diritti individuali del proprio cliente, quanto uno strumento di regolazione e di controllo di condotte ad impatto collettivo! [*brusio in sala... nessuno dovrebbe alzare la mano*]

4. – È chiaro infatti che la tutela dei diritti individuali omogenei nel processo civile impone di ridefinire il ruolo dell'avvocatura, accanto a quello delle associazioni dei consumatori, come possibile fattore di catalizzazione e di aggregazione.

L'efficienza dei rimedi giurisdizionali diretti a tutelare i diritti individuali omogenei non dipende infatti unicamente da un adeguato atteggiarsi della disciplina processuale, bensì anche dal talento organizzativo di studi legali, i quali, agevolati da una determinazione del proprio onorario commisurata al risultato, sappiano proiettarsi in questa nuova dimensione della attività professionale.

Una importanza centrale riveste anche la capacità del giudice di accertare in sede di giudizio di ammissibilità la «sana e robusta costituzione» dell'iniziativa collettiva.

5. - L'azione di classe crea una nuova figura di litisconsorzio facoltativo, che si può definire «aggregato», poiché dà luogo ad una aggregazione di azioni seriali (le «adesioni») tese a

far valere «diritti individuali omogenei» di consumatori o utenti nei confronti dell'impresa convenuta (diritti identici è un nonsense).

L'azione si esaurisce nel cumulo e nella gestione congiunta delle azioni individuali degli aderenti ad opera di un componente della «classe», che può agire da solo oppure «mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa»⁽¹⁾, per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.

Oggetto del giudicato reso nel processo collettivo sono pertanto i singoli crediti risarcitori e restitutori fatti valere dagli aderenti, mentre «è fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva»⁽²⁾.

Questa tesi, già accreditabile sulla base del testo originario dell'art. 140-*bis*, riceve conferma dal nuovo testo.

In altri termini, i soggetti lesi si trovano dinanzi ad una alternativa fondamentale: esercitare l'azione in forma individuale ovvero esercitarla in forma collettiva.

In entrambi i casi, oggetto del giudicato sono i crediti risarcitori e restitutori dei singoli.

In entrambi i casi il potere di azione è dei singoli, che nel secondo caso possono farsi promotori dell'iniziativa collettiva o aderire a quella proposta da un altro soggetto leso, oppure da un'associazione o da un comitato.

6. - La ricostruzione appena proposta deve fare i conti con la variegata tipologia delle controversie collettive risarcitorie. Poiché è difficile modificare questa realtà, conviene rendere flessibile la ricostruzione.

7. - Primo esempio. L'illecito plurioffensivo consiste in un identico servizio erogato senza richiesta dal professionista ad una pluralità di utenti. Per il servizio è stato corrisposto un identico corrispettivo. Dall'accertamento della illiceità della condotta del convenuto scaturisce automaticamente la determinazione della somma da restituire. *Nulla quaestio*: il proces-

(1) Cfr. art. 140-*bis*, 1° comma, proposizione 2.

(2) Cfr. art. 140-*bis*, 14° comma, proposizione 2.

so collettivo produce un titolo esecutivo o si conclude con una conciliazione collettiva.

Un esempio tratto dalla cronaca di questi giorni è il seguente. Il Codacons ha presentato, avanti il Tribunale di Roma e quello di Torino, la prima class action contro due colossi bancari: Unicredit e Intesa Sanpaolo. L'azione del Codacons poggia sulle rilevazioni dell'Antitrust, secondo le quali le banche avrebbero compensato l'eliminazione della Commissione di massimo scoperto introducendo nuove e più costose commissioni a carico degli utenti, «anche 15 volte più care rispetto al massimo scoperto». «Comportamento illegittimo», sostiene l'Antitrust, «che produce un danno economico ingente ai consumatori, come dimostrato anche dall'Autorità della concorrenza e del mercato». Di qui la class action notificata al Tribunale di Torino (per Intesa SanPaolo) e a quello di Roma (per Unicredit) contro le due maggiori banche italiane.

8. - Variante: se i costi di transazione per la restituzione delle somme di denaro sono superiori al valore della somma da restituire preferibile è la confisca dei profitti attraverso la comminatoria di una sanzione amministrativa pecuniaria.

9. - Secondo esempio. L'illecito plurioffensivo consiste nella produzione e vendita di un prodotto nocivo per la salute umana. L'accertamento dell'*an* e del *quantum* del danno subito da ciascun consumatore dipende da un giudizio individualizzato, calibrato sulle circostanze che hanno determinato il danno nel singolo caso.

È meritevole di essere sostenuta (e conforme al canone di efficienza della giustizia civile) una interpretazione orientata alla conseguenza di escludere di impegnare il processo collettivo nel giudizio individualizzato relativo ad uno o più dei diritti cumulati. L'oggetto del processo e del giudicato può essere in questo caso limitato alla questione comune attinente alla responsabilità dell'impresa convenuta (diversa è l'esperienza dei *mass torts* statunitensi, in conseguenza di una diversa ricostruzione sostanziale del nesso di causalità).

Serve allo scopo una norma che consenta al giudice – in collaborazione con le parti – di limitare in concreto (in sede di giudizio di ammissibilità) l'oggetto del processo e del giudicato alla questione della responsabilità dell'impresa convenuta (*issue class action*).

Il nuovo testo dell'art. 140-*bis* contiene una norma del genere.

Innanzitutto, l'art. 140-*bis*, 1° comma profila distintamente l'azione per l'accertamento della responsabilità, rispetto all'azione di condanna (che le due ipotesi siano congiunte attraverso una 'e' e non disgiunte attraverso una 'o' significa poco).

In secondo luogo, con la sentenza che accoglie la domanda il giudice può limitarsi a stabilire il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione delle somme dovute ⁽³⁾: quindi non una sentenza di condanna (poiché manca il requisito della attuale liquidità), bensì una sentenza di accertamento qualificato, cui deve seguire una ulteriore fase (negoziale o giudiziale) di determinazione del *quantum* dovuto ai singoli aderenti.

Ciò presuppone logicamente che l'oggetto del processo collettivo possa essere limitato alla questione comune relativa alla responsabilità dell'impresa e che questa operazione debba essere già svolta dal giudice in sede di giudizio di ammissibilità, ove egli è chiamato a definire «i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione» ⁽⁴⁾.

Infatti, con l'adesione il singolo fa valere sicuramente il proprio diritto individuale, ma quando le caratteristiche di quest'ultimo richiedano un accertamento con forti tratti di individualizzazione, il giudice può eccezionalmente limitare l'oggetto del processo e del giudicato collettivo.

10. - Rispetto a quest'ultima soluzione, si prospetta una obiezione: la scelta giudiziale tra modelli alternativi di oggetto del processo limita un aspetto fondamentale del principio dispositivo in senso sostanziale, cioè il dominio della autonomia delle parti, non solo nella determinazione dell'inizio e della fine del processo, ma anche del suo oggetto.

⁽³⁾ Cfr. art. 140-*bis*, 12° comma.

⁽⁴⁾ Cfr. art. 140-*bis*, 9° comma, lett. a).

L'obiezione è seria e costringe ad una replica articolata. Innanzitutto, vagliare l'incidenza del principio dispositivo nel processo civile non equivale a discettare dell'eterno ritorno dell'identico. Nel panorama europeo, l'incidenza del principio dispositivo non è identica nei vari ordinamenti. L'elemento in cui si registrano più sfaccettature è probabilmente proprio quello relativo alla delimitazione dell'oggetto del processo e del giudicato. Si passa dalla ristretta soluzione tedesca, in cui l'oggetto del processo e del giudicato è delimitato dalla richiesta della parte, individuata attraverso i fatti allegati, alla intermedia soluzione italiana, in cui la legge e non solo la volontà delle parti può contribuire alla delimitazione oggettiva del giudicato (art. 34 c.p.c.), per arrivare all'ampia soluzione inglese, che può precludere ogni nuova considerazione dei fatti oggetto della decisione giudiziale.

L'art. 34 c.p.c. consente una estensione dell'oggetto del processo alle questioni pregiudiziali (e quindi una limitazione dell'autonomia delle parti) dettata da ragioni di economia ed efficienza della tutela giurisdizionale, valutate in via generale ed astratta dal legislatore.

La soluzione proposta alla fine del paragrafo precedente consente una estensione (o anche una restrizione) dell'oggetto del processo collettivo risarcitorio dettata da ragioni di economia ed efficienza della tutela giurisdizionale, valutate in concreto dal giudice.

In entrambi i casi il principio dispositivo è limitato da ragioni attinenti alla funzionalità del processo, che nel secondo caso non sono certamente più deboli.

Al contrario: il canone di proporzionalità nell'impiego delle risorse dell'amministrazione giudiziaria suggerisce di configurare la disciplina delle cause seriali di massa all'esito di un bilanciamento di valori costituzionali, che colloca su un piatto della bilancia le garanzie costituzionali che sorreggono il modello tradizionale di tutela giurisdizionale dei diritti nel singolo processo, e sull'altro piatto l'efficienza dell'amministrazione della giustizia, che sorregge la tutela giurisdizionale dei diritti nell'insieme dei processi o in una classe di essi.

11. – Contro questo ragionamento si prospetta la seguente obiezione finale: problematica non è tanto la limitazione del principio dispositivo in sé, quanto il fatto che essa sia affidata all'apprezzamento e alla scelta del giudice nel caso concreto. Ciò metterebbe a repentaglio la garanzia costituzionale della imparzialità del giudice.

Anche questa obiezione si espone ad una replica, che consente di confermare la soluzione proposta.

La previsione di un aumento di poteri del giudice è frequentemente accompagnata dal rilievo critico che tale aumento mina o può minare la sua imparzialità. Ciò è accaduto in particolare con la previsione dei poteri istruttori d'ufficio del giudice.

AmMESSO e non concesso che l'esercizio del potere di delimitare l'oggetto del processo (in dipendenza dal carattere semplice o complesso della controversia collettiva risarcitoria) paghi qualche leggero prezzo sul piano della imparzialità psicologica del giudice, nel quadro di quel bilanciamento di valori costituzionali cui deve ispirarsi la disciplina della tutela collettiva giurisdizionale, quel prezzo non sembra superiore a quello collegato all'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio e merita di essere pagato.

In sintesi, l'azione collettiva risarcitoria ha un oggetto variabile e giudizialmente determinabile in concreto, in dipendenza dal carattere semplice o complesso della controversia e quindi dallo scopo oggettivamente perseguibile dalle parti.

Una conclusione che presuppone l'abbandono della rigida adesione all'idea che l'immutabile identificazione ad opera delle parti dell'oggetto del processo e del giudicato costituisca quasi l'alfa e l'omega del processo civile.

12. – E il principio di proporzionalità cosa c'entra? Bene: cin siamo comportati come il borghese gentiluomo di Molière, che parlava in prosa senza saperlo, abbiamo forse parlato di principio di proporzionalità senza saperlo.

L'intero discorso sulla *class action*, specialmente attraverso la categorizzazione delle controversie, invita ad elaborare delle «bussole concettuali» in grado di orientare l'interprete verso un punto di equilibrio tra la protezione degli interessi

individuali di chi agisce o si difende nel singolo processo e gli interessi, considerati nel loro complesso, di coloro che sono terzi rispetto alla singola vicenda processuale, cioè degli altri utenti potenziali o attuali del servizio giustizia, interessi che si appuntano sulla gestione efficiente dell'insieme dei processi.

Se si intende percorrere con cautela questa strada, entra in gioco per primo uno dei criteri cardine di orientamento nell'esercizio dei pubblici poteri, quel principio di proporzionalità, di matrice europea, di cui devono ancora esplorarsi pienamente le potenzialità assiologiche e deontologiche nel campo della giustizia (più avanti, almeno *de iure*, è il più generale campo della pubblica amministrazione). Esso è efficacemente scolpito nell'art. 1 delle *Rules of civil procedure* inglesi (1997), laddove si spiega che trattare una causa secondo giustizia include, per quanto sia praticabile, tra l'altro: «attribuire ad essa una quota appropriata delle risorse del giudice, tenendo conto della necessità di riservare le risorse agli altri casi».

Si ispira a questa norma l'art. 0.8 (*Efficienza del processo civile*) dei principi fondamentali dei processi giurisdizionali del progetto di nuovo codice di procedura civile redatto da Andrea Proto Pisani: «È assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi».

Così inteso, il principio di proporzionalità può essere ambientato nell'esperienza processuale italiana come un aspetto del valore costituzionale della efficienza nella disciplina del processo, che si desume dall'affermazione della sua ragionevole durata (art. 111, comma 2, Cost.).

Nell'esperienza giuridica che lo ha maggiormente elaborato, quella tedesca, il principio di proporzionalità richiede che l'adozione di un provvedimento per il perseguimento di un certo scopo sia appropriata (*geeignet*, cioè in grado di realizzare lo scopo o quanto meno di agevolarne in modo sensibile la realizzazione), necessaria (*erforderlich*, cioè che non vi sia alcun altro mezzo migliore per raggiungere lo scopo) e adeguata (*angemessen*, ovvero proporzionata in senso stretto, cioè che gli effetti collaterali negativi arrecati dal provvedimento non siano sproporzionati rispetto ai vantaggi da esso arrecati, ciò che richiede una valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi).

Il canone di proporzionalità nell'impiego delle risorse giudiziali ha suggerito di configurare la disciplina del processo collettivo - nel nuovo testo dell'art. 140-*bis* cod. cons. - all'esito di un bilanciamento di valori costituzionali, che colloca su un piatto della bilancia le garanzie costituzionali che sorreggono il modello tradizionale di tutela giurisdizionale dei diritti nel singolo processo, e sull'altro piatto l'assorbimento all'interno di un unico un processo complesso di una moltitudine di controversie seriali.

Di nuovo una scelta che rapporta la soluzione adottata nel singolo processo alla gestione dell'insieme dei processi, in questo caso di una classe di essi.

Ma si dovrebbe trattare solo di un primo passo di un cammino più lungo, rischiarato dalla considerazione che, nella tutela collettiva, lo scopo del processo civile è anche, in misura apprezzabile, la regolazione concreta, nonché il controllo, delle condotte sociali ed economiche che incidono su interessi superindividuali o su interessi individuali omogenei (scopo tradizionalmente affidato agli organi amministrativi e al sistema sanzionatorio penale). Se consideriamo questo scopo come un punto fermo, allora le variabili dipendenti non possono che diventare gli elementi del modello processuale tradizionale e i ruoli dei protagonisti della vicenda processuale. Il problema diventa allora: quali rinunce, quali cambiamenti dobbiamo affrontare per realizzare quell'obiettivo?

In questa prospettiva, tanto per fare un esempio, lo stesso meccanismo dell'*opt out* potrebbe essere considerato meno scandaloso, almeno per le controversie bagattellari, di quanto si inclina a considerarlo attualmente. Progredisce la consapevolezza che l'*opt out* non incontra ostacoli di ordine costituzionale, quanto meno nelle settore delle controversie di modesta entità (*small claims*), o meglio nel settore delle controversie che hanno un valore talmente basso che non verrebbero portate all'attenzione delle corti se non in modo aggregato, attraverso l'esercizio di un'azione collettiva.

13. - In sintesi, l'«azione di classe» assolve a una pluralità di funzioni.

In primo luogo, essa realizza la garanzia dell'accesso alla giustizia per le controversie di modico valore. I vantaggi di questo strumento lo lasciano preferire non solo alle tradizionali azioni seriali, ma anche ai procedimenti di conciliazione individuale.

In caso di danni di massa per i soggetti lesi coinvolti, ma di entità così lieve che non vale la pena di dedurli in giudizio isolatamente, e nemmeno di porli a fondamento di una istanza di conciliazione, l'aggregazione processuale delle pretese individuali omogenee ad opera di un rappresentante, come previsto dall'art. 140-*bis*, abbatte i costi e costituisce quindi l'elemento fondamentale di una risposta giudiziaria tesa a rimuovere le ragioni della rinuncia dei consumatori e degli utenti.

In questo caso, il nuovo strumento non serve a finalità di economia e di efficienza processuale, bensì a far emergere un contenzioso latente, che altrimenti non avrebbe modo di manifestarsi a causa della sproporzione tra il valore della singola controversia, normalmente modico, e le spese per il ricorso individuale alla tutela giurisdizionale o ai procedimenti di conciliazione. Tuttavia, se i costi di transazione per la restituzione delle somme di denaro sono superiori al valore della somma da restituire, preferibile è la confisca dei profitti attraverso la comminatoria di una sanzione amministrativa pecuniaria.

Sotto quest'ultimo profilo, l'azione di classe funziona un poco come «un aspirapolvere» nei confronti degli strumenti di conciliazione, liberandoli dal pulviscolo delle controversie seriali di modico valore (in cui può avere spazio solo un negoziato posizionale su vasta scala), liberando risorse per i tentativi di conciliazione individualizzati e valorizzando così la competenza professionale e l'opera del conciliatore.

Oltre al profilo teso al ristoro individuale dei soggetti lesi, il nuovo strumento presenta – in secondo luogo - anche un profilo di deterrenza nei confronti della commissione di illeciti dannosi per una cerchia più o meno ampia di consumatori.

L'azione di classe organizza una reazione compatta dei consumatori nei confronti dell'illecito plurioffensivo dell'impresa. L'azione dispiega quindi una efficacia di deter-

renza nei confronti di quest'ultima, che la reazione «alla spicciolata» dei consumatori dinanzi al giudice statale o agli organismi di conciliazione certamente non può avere.

In questo settore, l'iniziativa giudiziaria collettiva privata si affianca all'attività pubblica di prevenzione e di controllo nei confronti del potere economico dell'impresa, come sorta di potere generato dalla società civile, contrapposto al potere economico dell'impresa.

In questo senso il processo civile italiano (al pari di quello di altri paesi europei che hanno introdotto azioni collettive, anche risarcitorie) si arricchisce di una nuova funzione, tradizionalmente affidata nell'Europa continentale alla cura dello Stato e della pubblica amministrazione: la funzione di regolazione e di controllo delle condotte sociali ed economiche che incidono non tanto sugli interessi di un individuo isolato, quanto sugli interessi di una collettività di individui.

In terzo luogo, l'azione collettiva risarcitoria realizza una finalità di economia e efficienza processuale nelle controversie che altrimenti sarebbero affidate alla normale disciplina del processo con pluralità di parti.