

ANGELO DANILO DE SANTIS

Le spese e le sanzioni.

SOMMARIO – Si esamina l'azione di classe sotto il profilo degli strumenti economici volti ad incentivarne il ricorso e a garantire l'effettività del diritto alla prova. In particolare, viene analizzata la disciplina speciale dei compensi per avvocati e rappresentante comune degli aderenti, quella dei costi e quella delle sanzioni pecuniarie destinate ad agevolare l'attore di classe nel percorso di accertamento della responsabilità del convenuto.

1. Premessa. Un significativo passo in avanti rispetto alla disciplina dell'art. 140 *bis* c. cons. è segnato dalla disciplina dei compensi di tipo premiale per i professionisti coinvolti nell'azione di classe, nonché dall'introduzione di un apparato di sanzioni a presidio dell'effettività del diritto alla prova e di incentivi per lo svolgimento di consulenze tecniche.

Al di là della tecnica processuale adottata, la logica che ha guidato la penna del legislatore sembra animata dalla consapevolezza che la scelta del difensore (e anche dell'attore) di introdurre una causa, che sospetta essere di tipo seriale, con le forme dell'azione di classe, difficilmente può dipendere da un intento solidaristico, ma necessita di incentivi economici.

L'incentivo economico si giustifica soltanto se si ritiene meritevole di tutela un interesse generale alla trattazione di controversie omogenee con le forme degli art. 840 *bis* e ss. c.p.c.; l'interesse si fonda su due esigenze, non certo poste in rapporto di incompatibilità: da un lato, quella ridurre il contenzioso seriale (qualora esistente o in grado di venire ad esistenza) che grava (o potrebbe gravare) i ruoli di alcuni uffici giudiziari; dall'altro, quella di favorire l'emersione di una domanda di giustizia destinata, altrimenti, a rimanere inespressa.

Le controversie destinate ad essere veicolate con le forme dell'azione di classe si caratterizzano per lo squilibrio tra attore e convenuto, vuoi sotto il profilo economico, vuoi sotto quello dell'accesso alle prove dei fatti (v. M. GALANTER, *Why the «haves» come out ahead: speculations on the limits of legal change*, in *Law & Society*, 1974, 95).

Anche di questo il legislatore si dimostra consapevole, tanto da mutuare dalla disciplina del c.d. *antitrust private enforcement* (l. 3/17), di diretta derivazione eurounitaria (dir. 104/2014/Ue), un aspro – ma non asperissimo, come invece nella l. 3/17 – sistema di sanzioni volte a garantire la possibilità di accedere alla prova, combinato con l'esplicito richiamo all'uso di dati statistici e presunzioni semplici quale ulteriore incentivo sul percorso di accertamento della responsabilità dell'autore dell'illecito plurioffensivo (o degli illeciti di natura seriale).

Nessuna di queste soluzioni costituisce una novità assoluta.

Inedita, invece, è la previsione secondo cui «Quando è nominato un consulente tecnico d'ufficio, l'obbligo di anticipare le spese e l'acconto sul compenso a quest'ultimo spettanti sono posti, salvo che sussistano specifici motivi, a carico del resistente» (art. 840 *quinques*, 3° comma, c.p.c., applicabile anche all'inibitoria dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.).

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

È difficile prevedere se questi accorgimenti saranno in grado di fungere da incubatrice di una nuova categoria di avvocati “imprenditori”, in grado di investire nelle azioni di classe, come accade nell’esperienza statunitense (che conosce il c.d. *third party funding*, ormai radicatosi e trasformatosi in servizio professionale di finanziamento, non estraneo peraltro all’esperienza degli arbitrati internazionali; cfr. AA.VV., *Prospettive del third party funding in Italia/Perspectives on Third Party Funding in Italy*, a cura di E. D’Alessandro, Milano, 2019).

È lecito dubitarne, non solo per le ben note e comunemente evidenziate difformità culturali nei modi di intendere la professione forense (ma v. G. BERTOLOTTI, *Le società tra professionisti tra ordinamenti professionali e disciplina dell’impresa*, in *Corriere trib.*, 2014, 1803) ma anche perché nemmeno questa nuova versione della *class action* sarà in grado di risolvere tutte le potenziali controversie scaturenti dall’illecito, giacché, anche a fronte di prospettive risarcitorie economicamente assai rilevanti, il successo dell’operazione, sotto il profilo finanziario, dipenderà pur sempre dalla scelta dei danneggiati di aderire.

Il sistema di pubblicità d’ufficio, che prevede la pubblicazione del ricorso introduttivo e dell’ordinanza di ammissibilità, oltre che della sentenza, sul portale del Ministero della giustizia, liberamente accessibile, non sembra affatto garantire l’effettiva *numerosity* delle adesioni, sicché l’ampiezza della classe dipenderà probabilmente dalla capacità del proponente (dello studio legale che lo assiste o dell’associazione o organizzazione) di fungere da collettore delle iniziative giudiziali, anche attraverso forme di pubblicità parallele a quella ministeriale, nient’affatto escluse della *littera legis*, e i cui costi dovranno essere assorbiti dalle prospettive di locupletazione.

2. *La liquidazione dei compensi per avvocati e rappresentante comune degli aderenti.* Vengono in rilievo gli art. 840 *octies*, ult. comma, 840 *novies*, 840 *undecies*, 840 *duodecies*, 840 *terdecies*, 4° comma, c.p.c.

All’avvocato del proponente (nonché ai difensori che hanno rappresentato gli attori nelle eventuali altre azioni di classe riunite), l’art. 840 *novies* c.p.c. riserva un trattamento di favore, di tipo premiale, giacché la possibilità di ottenere compensi ulteriori rispetto a quelli liquidati in caso di accoglimento della domanda proposta dal *lead plaintiff* (la cui misura e determinazione dovrebbe seguire le regole ordinarie), sussiste solo qualora la fase di adesione si concluda con il decreto del giudice delegato che accoglie le domande di adesione.

Balza all’occhio la circostanza che un’eventuale conclusione, pur favorevole per la classe, quale, per esempio, la transazione collettiva, esclude tale beneficio per l’avvocato dell’attore; il che potrebbe, a ben guardare, fungere da incentivo – la cui entità appare non marginale – al raggiungimento di un accordo, secondo le modalità dell’art. 840 *quaterdecies* c.p.c.

I criteri per il calcolo del compenso premiale sono stabiliti secondo una progressione per scaglioni, che comunque lascia al giudice un certo margine di manovra per la riduzione nella misura non superiore al cinquanta per cento, in base ai seguenti criteri: a) complessità dell’incarico; b) ricorso all’opera di coadiutori; c) qualità dell’opera prestata; d) sollecitudine con cui sono state condotte le attività; e) numero degli aderenti.

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

Anche i difensori degli aderenti hanno diritto al compenso (art. 840 *octies*, ult. comma, c.p.c.), che sarà determinato con decreto del Ministro della giustizia, adottato a norma dell'art. 13, comma 6, l. 31 dicembre 2012, n. 247; si tratta di una significativa novità rispetto alla disciplina dell'art. 140 *bis* c. cons.

Al rappresentante comune degli aderenti spetta un compenso determinato, secondo i criteri stabiliti dall'art. 840 *novies* c.p.c., dal giudice delegato che, con il decreto di accoglimento delle domande di adesione, ne condanna direttamente il resistente al pagamento.

Anche il rimborso delle spese documentate è espressamente garantito, così come la possibilità di ridurre il compenso, secondo i criteri dettati per l'avvocato del proponente.

Quanto ai rimedi esperibili nei confronti di queste decisioni, l'art. 840 *undecies* c.p.c. abilita il rappresentante comune, nonché gli avvocati del proponente, a proporre opposizione avverso il decreto del giudice delegato, avendo cura, opportunamente, di precisare che, per questi ultimi, i motivi possono riguardare soltanto i compensi e le spese.

Nessun rimedio è previsto rispetto alla liquidazione dei compensi in favore degli avvocati degli aderenti, i cui interessi, semmai, saranno curati dal rappresentante comune.

L'art. 840 *duodecies*, ult. comma, c.p.c. precisa che, in caso di adempimento spontaneo dell'impresa al decreto di accoglimento delle domande di adesione, la procedura che conduce all'incasso delle somme da parte dei singoli aderenti non fa maturare alcun (ulteriore) compenso in favore del rappresentante comune, il quale, invece, sembra godere di un trattamento di estremo favore in caso di esecuzione collettiva.

Fermo restando che i crediti di avvocati del proponente e del rappresentante comune si sottraggono alla regola dell'esecuzione forzata collettiva – costruita come unica via – dell'art. 840 *terdecies* c.p.c., la promozione dell'azione esecutiva da parte del rappresentante comune gli frutta un ulteriore compenso premiale non superiore ad un decimo della somma ricavata, tenuto conto dei criteri dettati dall'art. 840 *novies*.

Tutti i crediti maturati dal rappresentante comune sono assistiti da un non meglio precisato privilegio, nella misura del settantacinque per cento, sui beni oggetto dell'esecuzione (art. 840 *terdecies*, 4° comma).

I profili problematici posti da questa disposizione paiono numerosi e, in via di prima approssimazione, possono rapidamente elencarsi: se l'«esecuzione» cui fa riferimento la disposizione è, come sembra, l'esecuzione collettiva, ne consegue che i crediti del rappresentante comune – anche quello accertato col decreto *ex* art. 840 *octies*, senza dubbio tutelabile con esecuzione individuale – possono trovare soddisfazione nell'esecuzione collettiva; l'estraneità del primo compenso alle spese di giustizia *ex* artt. 2755 e 2770 c.c. parrebbe suggerire di escludersi per entrambi la prededuzione *ex* art. 2777 c.c.; la natura del privilegio parrebbe speciale, mobiliare o immobiliare, ma non risulta il grado di preferenza, che potrebbe essere attribuito in base all'art. 2783 c.c.; per ovviare a tali lacune, potrebbe ipotizzarsi una restrizione del privilegio ai soli beni mobili del debitore, ma obiettivamente l'indicazione generica ai «beni» non sembra permetterlo.

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

3. *I costi*. Non sono previste regole *ad hoc* in punto di costi del processo di classe, sicché, in difetto di interventi al momento non annunciati, si applicherà la disciplina attualmente vigente per il calcolo del contributo unificato, nonché per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato.

Invece, del tutto inedita è la previsione secondo cui, con la sentenza di accoglimento della domanda, il collegio stabilisca (art. 840 *sexies*, 1° comma, lett. h) «l'importo da versare a cura di ciascun aderente, ivi compresi coloro che hanno aderito a norma dell'art. 840 *quinquies*, primo comma, a titolo di fondo spese e stabilisce le modalità di versamento».

Peraltro, il giudice delegato ha il potere di ordinare un'integrazione del fondo spese da parte degli aderenti, ma la legge omette di indicarne i criteri.

In ogni caso, l'ordine del giudice non è coercibile e il suo inadempimento produce l'effetto di rendere inefficace l'adesione; la norma, contenuta all'ultimo comma dell'art. 840 *sexies*, oltre ad apparire lacunosa, giacché non indica nemmeno il termine entro il quale effettuare il versamento, che dovrà pur sempre essere stabilito dal giudice, affinché possa prodursi l'effetto sanzionatorio dell'inefficacia dell'adesione, suscita dubbi di legittimità costituzionale, perché subordina platealmente l'esercizio dell'azione – pur nelle forme *sui generis* dell'adesione – al versamento di somme di denaro.

Manca una espressa previsione che abiliti a ritenere gli aderenti – che ne abbiano i requisiti – ammessi a godere dei benefici del patrocinio a spese dello Stato ai sensi degli art. 74 e ss. d.p.r. 115/02.

4. *L'agevolazione per l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio e le sanzioni per l'effettività del diritto alla prova*. La prima significativa novità riguarda la regola in tema di costi della consulenza tecnica d'ufficio.

Il 3° comma dell'art. 840 *quinquies* stabilisce, infatti, che «l'obbligo di anticipare le spese e l'acconto sul compenso a quest'ultimo spettanti sono posti, salvo che sussistano specifici motivi, a carico del resistente».

La disposizione rivela lo scopo del legislatore di evitare che azioni di classe aventi ad oggetto illeciti plurioffensivi, per la cui determinazione o quantificazione sia necessario per il tribunale avvalersi di perizie tecniche dai costi ingenti, si arenino (o non vengano affatto proposte) per l'impossibilità dell'attore di sostenerli.

La regola generale per cui l'anticipazione delle spese per la consulenza tecnica d'ufficio grava sull'impresa convenuta potrebbe assurgere anche a forte strumento di deterrenza, inducendo così il resistente a transigere la controversia.

In ogni caso, è salvo il diritto del resistente di dedurre «specifici motivi» per i quali i costi della consulenza non dovrebbero essere posti a proprio carico, il che dovrebbe mettere al riparo la norma da dubbi di legittimità costituzionale; peraltro, fermi restando i principii espressi da Corte cost. 29 novembre 1960, n. 67, (*Foro it.*, 1960, I, 187), che dichiarò l'illegittimità costituzionale della c.d. *cautio pro expensis* di cui all'art. 98 c.p.c., potrebbe immaginarsi un'applicazione dell'art. 119 c.p.c., che, conformemente a quanto stabilito dalla giurisprudenza di legittimità, potrebbe consentire al

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

ricorrente di assolvere l'onere di offrire una cauzione mediante garanzia fideiussoria di un terzo (cfr. Cass. 2 dicembre 1992, n. 12861, *id.*, Rep. 1992, voce *Ingiunzione*, n. 52).

I motivi che abilitano il collegio a derogare alla regola per cui i costi della consulenza tecnica d'ufficio sono posti a carico del resistente non dovrebbero poter riguardare la fondatezza della domanda, giacché l'istruzione della causa avviene dopo il superamento del filtro di ammissibilità.

Peraltro, è ragionevole ritenere che il giudice possa ravvisare *ex officio* i motivi per i quali temperare il principio stabilito dalla norma, fermo restando che, sul punto, sarebbe opportuno stimolare il contraddittorio, soprattutto nel caso in cui le questioni tecniche da sottoporre all'ausiliario siano particolarmente complesse e richiedano indagini peritali costose.

Sul piano sistematico, sembra ragionevole intendere un *favor* del legislatore per il ricorso alla consulenza tecnica c.d. percipiente, giacché la prova di un fatto potrebbe, in molti casi, essere fornita soltanto attraverso il ricorso a cognizioni altamente specialistiche.

La previsione secondo cui il mancato pagamento dell'acconto sulle spese fissato dal giudice non può costituire motivo di rinuncia all'incarico da parte del consulente intende colpire una prassi invalsa negli uffici giudiziari italiani e che, sotto il profilo teorico, mal si giustifica alla luce della ormai pacifica solidarietà dal lato passivo che intercorre tra le parti in ordine all'obbligazione di pagamento del consulente tecnico d'ufficio; non stupirà però trovarsi al cospetto dell'ausiliario, al quale non sia stato corrisposto l'acconto, che rinunci all'incarico deducendo qualunque altro motivo.

Da ultimo, l'art. 840 *quinquies* c.p.c., dal comma 5° al 13°, detta regole speciali con riferimento all'ordine di esibizione di «prove» e correda la disciplina da un apparato sanzionatorio *ad hoc*.

Rispetto al modello di riferimento, costituito dal d. leg. 3/2017, l'art. 840 *quinquies* c.p.c. adotta un sistema sanzionatorio quasi identico nella struttura, ma diverso in ordine all'entità delle sanzioni pecuniarie, che sono ridotte di un terzo, rispetto a quelle previste dall'art. 6 d. lgs. 3/2017; inoltre, nessuna sanzione è prevista per i rappresentanti legali delle parti, al contrario di quanto disposto dall'art. 6, comma 5°, d. leg. 3/2017; peraltro, nell'art. 840 *quinquies*, 11° comma, c.p.c. la scelta (illogica) di sottrarre il terzo all'ordine di esibizione, nell'azione di classe, si riflette sull'ovvia esclusione dalla sanzione conseguente alla sua inottemperanza.

La *ratio* della nuova disciplina dell'ordine di esibizione appare finalizzata a garantire l'accesso alla prova indisponibile, la cui esistenza, in controversie di massa, potrebbe non essere nota alla parte istante, al fine di colmare il divario informativo che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, contraddistingue le controversie di classe, là dove, ontologicamente, la parte convenuta ha il potere di incidere su una pluralità di situazioni soggettive di vantaggio ed è dotata di mezzi e conoscenze superiori a quelle di coloro che subiscono gli effetti dannosi della condotta o delle condotte seriali.

Considerando l'apparato di sanzioni, appare corretta la scelta di garantire che la parte contro cui è rivolto l'ordine di esibizione «abbia diritto di essere sentita prima che il giudice provveda».

Tra i criteri in base ai quali il collegio è chiamato a valutare l'istanza di esibizione, campeggiano «la portata e i costi dell'esibizione»; la valutazione dei costi non sembra possa pregiudicare l'effettività del diritto ad ottenere l'esibizione, ma funge da monito per il giudice in ordine alla prudente valutazione circa le difficoltà che il resistente può essere chiamato a fronteggiare per reperire il documento che il tribunale ha ritenuto essere, plausibilmente, nella sua disponibilità. L'apparato di

AVV. ANGELO DANILO DE SANTIS
Professore associato di diritto processuale civile nell'Università degli Studi Roma Tre
00154 Roma – via Ostiense 139
tel. 3495785774 – e-mail danilodesantis@gmail.com; angelodanilo.desantis@uniroma3.it

in corso di pubblicazione in Foro it., 2019, parte V.

sanzioni pecuniarie previste a carico del resistente lascia presumere che il legislatore abbia inteso derogare alla regola dell'art. 210, 3° comma, c.p.c., secondo cui «Se l'esibizione importa una spesa, questa deve essere in ogni caso anticipata dalla parte che ha proposta l'istanza di esibizione».

Vale la pena soltanto evidenziare come il legislatore abbia inteso riprodurre la soluzione tecnica già sperimentata con il d. leg. 3/2017 e abbia predisposto un apparato di sanzioni pecuniarie con funzione coercitiva, che non prevedono locupletazione per la parte istante, unitamente ad una sanzione punitivo-compensativa basata sulla tecnica dell'incidenza sul convincimento del giudice (sia consentito rinviare a A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, 292 ss.): l'ultimo comma dell'art. 840 *quinquies* c.p.c. dispone che, ferme restando le sanzioni pecuniarie e amministrative, «se la parte rifiuta senza giustificato motivo di rispettare l'ordine di esibizione del giudice o non adempie allo stesso, ovvero distrugge prove rilevanti ai fini del giudizio di risarcimento, il giudice, valutato ogni elemento di prova, può ritenere provato il fatto al quale la prova si riferisce».