

Più d'Uno.
La *class action* tra “tortificazione”
del diritto civile
e tramonto del diritto soggettivo
di Michele Spanò

Sosteneva, fra l'altro, che le inopinate catastrofi non sono mai la conseguenza o l'effetto che dir si voglia d'un unico motivo, d'una causa al singolare: ma sono come un vortice, un punto di depressione ciclonica nella coscienza del mondo, verso cui hanno cospirato tutta una molteplicità di causali convergenti. Diceva anche nodo o groviglio, o garbuglio, o gnommero, che alla romana vuol dire gomito. Ma il termine giuridico “le causali, la causale” gli sfuggiva preferentemente di bocca: quasi contro sua voglia. L'opinione che bisognasse “riformare in noi il senso della categoria di causa” quale avevamo dai filosofi, da Aristotele o da Emmanuele Kant, e sostituire alla causa le cause era in lui una opinione centrale e persistente: una fissazione, quasi.

Carlo Emilio Gadda,
Quer pasticciaccio brutto de via Merulana

Essere un coro, sì.
Non questa voce sola.
Essere torma, stuolo, compagnia.
Essere l'onda che si alza e frana,
non questa faccia pallida, nuda, *mia*,
nata per confessare,
per rispondere.

Umberto Fiori, *Il conoscente*

Fingere il Tutto

I modi e le forme con cui pensiamo a un eventuale effetto politico del diritto – e specialmente di quello privato o di quello processualcivile – hanno per lo più la forma della supplenza o della surroga. È soltanto allorché le tecniche più tipiche della politica moderna – la rappresentanza democratica in primo luogo – si rivelano insufficienti o temporaneamente inutilizza-

bili, che, *faute de mieux*, converrebbe rivolgersi all'arsenale delle tecniche giuridiche per "fare" – in un modo che sarebbe per definizione dimidiato e in definitiva insoddisfacente – politica. La sociologia giuridica, secondo linee le più diverse e talvolta divergenti, non pensa che questo: sono gli attori che, in virtù del loro uso, "politicizzano" strumenti che – proprio perché giuridici – con la politica, quella "vera", avrebbero poco o nulla a che vedere.

Questo breve saggio si impegna a dimostrare qualcosa di diverso. L'ipotesi di partenza assume la possibilità che il diritto civile configuri una politica *à part entière*. Un insieme di tecniche di produzione del soggetto e di composizione dei collettivi radicalmente alternative a quelle a cui continuiamo a riconoscere il predicato dell'autentica "politicalità". Va da sé che, come un passeggero clandestino, questo argomento ne nasconde un altro: un esercizio sui confini stessi di ciò che chiamiamo "politica" e sulle logiche che governano l'attribuzione del suo sigillo alle azioni e agli attori sociali. È soltanto perché il nostro immaginario politico è ancora ostaggio di una identificazione inderogabile della "politica" con il modello – e l'antropologia – della sovranità, che ogni altra forma di fabbricare rapporti, di istituire collettivi, di costruire legami è condannata ad apparirci spuria, apocrifa e in ultima analisi minore. Questa singolare separazione del campo della "politica" (sovrana) da tutte quelle infinite altre tecniche e maniere di fornire un assetto ai rapporti sociali – ai conflitti, alla cooperazione, al divenire soggetti, allo stare assieme di più, alla composizione, alla distribuzione e alla trasformazione di esseri eterogenei – è l'effetto più duraturo di quella che chiamiamo "topologia moderna". Con questa espressione definiamo l'istituzione ottocentesca della separazione del dominio del diritto pubblico da quello del diritto privato. È soltanto allora che, sotto il segno dell'eguaglianza formale, della forma logica della generalità e grazie alle tecniche della personificazione e della rappresentanza, è stato possibile istituire l'equivalenza tra il "pubblico" e la "politica". Perché questo regno dell'universalità potesse imporsi, tuttavia, la macchina non poteva non dotarsi del suo *repoussoir*: il privato; regno delle differenze e delle libertà, piano di scorrimento dei patrimoni e dunque "economia". L'articolazione di una politica uguale, che ha sede nello spazio pubblico, e di una economia diseguale, che disegna il profilo istituzionale di un mercato, è un'operazione sofisticata e tuttavia recente. Perché essa potesse prodursi, il diritto civile, che fino allora aveva costituito una tecnica di governo dei rapporti e di istituzione dei collettivi concorrente, vitale e diffusa, doveva essere costretto alla caricatura di un diritto privato dello scambio.

Il diritto privato moderno sconta infatti una difficoltà maggiore a pensare il collettivo e il molteplice. Specialmente a pensarli senza sostanzializzarli. La sua storia dottrinale potrebbe essere letta come un vero e proprio

catalogo degli esorcismi prodotti affinché essi siano teoricamente pensabili e tecnicamente afferrabili sempre e soltanto sotto la specie e nella forma dell'individuo e dell'unità, della sostanza e del soggetto, dell'essenza e dell'identità. La persona giuridica è senza dubbio la forma eminente e più esigente che il diritto occidentale ha prodotto per consentire al collettivo di accedere al suo mondo; una macchina giuridica sofisticatissima e definita dalla singolare proprietà di istituire il collettivo soltanto per poterlo meglio abrogare. Si tratta di una tecnica di soggettivazione giuridica unica su cui poggia tutto quanto l'immaginario politico della modernità. Non soltanto è interamente modellata sul calco del soggetto individuale, ma, per poter davvero funzionare, essa è stata necessariamente irrobustita dal dispositivo del diritto soggettivo, la forma egemone di soggettivazione del diritto oggettivo, e dalla tecnica della rappresentanza: l'operazione quasi alchemica che permette – secondo un asse metaforico e verticale – la sintesi dei molti plurali nell'Uno sovrano e decidente.

Non si farà fatica a riconoscere in questi ingredienti – metamorfosi delle volontà eteroclite e sintesi degli interessi plurivoci, auto-obbligazione e presentificazione di una sostanza assente – la ricetta della sovranità e la forma logica della legge. È questo il modello con cui non cessiamo di pensare la politica e l'orizzonte in cui non smettiamo di inquadrarla: una tecnica della trascendenza che prevede la produzione di uno iato da colmare, di una sintesi da compiere, di una metamorfosi da sollecitare, di una sostanza da manifestare. Il modo moderno di istituire il collettivo – quello che chiamiamo “politica” – ha come suoi traguardi essenziali la rappresentanza e la persona. Tecnica e oggetto della riduzione del molteplice a unità. Quello che più importa è che il punto di partenza – l'individuo, la particolarità – e quello di arrivo – il tutto, la generalità – siano fatti della stessa stoffa: quella dell'unità. A molti “uni” (privati) deve corrispondere un “Uno” (pubblico). Perché sia possibile trascorrere da uno all'altro senza impacci il piano di consistenza logico dell'intera scena deve essere preliminarmente reso omogeneo: la persona non tollera né può tollerare il più d'Uno.

La più ricca e dettagliata archeologia della costruzione di questa vera e propria macchina giuridica è stata condotta da Ernst Kantorowicz nel suo capolavoro *The King's Two Bodies*. È soprattutto nel sesto capitolo, intitolato *On Continuity and Corporations*, che sono custoditi gli elementi decisivi di una storia della sostanzializzazione giuridica del collettivo. I risultati dell'indagine di Kantorowicz sono noti: la genealogia della “corporation” è in parte legata a una nuova concezione del tempo storico, alla saldatura tra diritto romano e diritto canonico, all'invenzione di un demanio reale inalienabile, da un lato, e a quella della perpetuità del fisco, dall'altro. In un cantiere speculativo che confonde filosofia, diritto e teologia, ciò che

emerge è il carattere di continuità e durata che deve necessariamente essere collegato alle istituzioni.

Attraverso una potente finzione d'identità, l'idea di un'*universitas* "incorporata" funzionerà come substrato o sostanza immutabile e immateriale di là dai suoi membri incarnati e dalla *communitas* "concreta". La corporazione, che non ha corpo, è tanto *species* quanto *individuum*. Bologna e la "bolognità" – come recita un celebre caso di scuola – fingono, rendendosi capaci di prescindere, l'esistenza concreta dei bolognesi. Questo nuovo attore politico-giuridico – corporazione, *universitas*, società o persona giuridica –, annodando imputabilità, responsabilità e nesso di causalità, è finalmente in grado di fare a meno della finitezza dei suoi membri in carne e ossa e di vivere e agire indipendentemente da essi proprio e soltanto perché li *rappresenta*. Come si dirà: *universitas non moritur*¹.

Questa sostanzializzazione originaria – la personificazione – è la più decisiva premessa storica affinché un soggetto collettivo potesse fare il suo ingresso nel diritto e vedersi così attribuiti diritti e doveri. Diciamo meglio: perché un collettivo guadagni la soglia della giuridicità esso dovrà necessariamente diventare un soggetto individuale. I predicati raccolti nella sostanza, gli attributi nel nome. *E pluribus unum*. È proprio e soltanto l'esistenza dell'unità – sostanzializzata in una qualità in tutto e per tutto indipendente e autonoma, in-dividua, dalle unità che hanno concorso a determinarla – che annichila il molteplice da cui pure deriva. I classici e annosi problemi della responsabilità – la legittimazione ad agire, lo *standing*, dell'attore e l'imputabilità del convenuto – potranno quindi riguardare attori collettivi soltanto allorché questi, attraverso opportune procedure di sostanzializzazione, operazioni di individualizzazione e tecniche di antropomorfizzazione, saranno resi formalmente omologhi a un individuo. Dovrà ovviamente passare molto tempo perché, nel bel mezzo dell'Ottocento, Karl von Gerber proponga di riconoscere la personalità giuridica allo Stato e ancora di più perché la Corte Suprema degli Stati Uniti, nel gennaio 2010, decida il caso *Citizen United*², consentendo l'applicazione del primo emendamento a una società, completando e così perfezionando definitivamente l'operazione di sostanzializzazione e antropomorfizzazione cominciata dai canonisti medievali.

Che cos'è una città? Mettere in forma il molteplice

Cosa ne è tuttavia della responsabilità di un collettivo non sostanzializza-

1. E. Kantorowicz, *The King's Two Bodies*, Princeton University Press, Princeton 1957, specialmente le pp. 302-5.

2. *Citizens United v. Federal Election Commission*.

to? Quali sono o saranno, in questo caso, i criteri per stabilirne la responsabilità e la legittimazione ad agire in giudizio? In ultima istanza, come può il molteplice, l'indeterminato, l'innumerevole, il collettivo che non ha sostanza e che non è una persona, fare il suo ingresso nel diritto senza diventare un Tutto, senza fingersi unità e totalità, senza estinguersi in un rappresentante, senza tradursi e fissarsi in una generalità che lo assume e lo annulla, che lo istituisce e lo cancella?

Prima di avanzare qualche eventuale risposta è opportuno tornare a Kantorowicz e provare a stabilire fino a che punto la sua stessa ricostruzione della genealogia della persona giuridica, o, come avrebbe detto Sinibaldo de' Fieschi, della *persona ficta*, proprio in virtù della sua forza e sofisticatezza, non pregiudichi l'accesso ad altre piste, storicamente plausibili e giuridicamente consistenti, di pensare ai modi e alle tecniche con cui un collettivo può accedere alla giuridicità. Per farlo, possiamo rivolgerci alle ricerche di Yan Thomas. Partigiano di un costruttivismo giuridico radicale, nei suoi saggi dedicati alla finzione giuridica e alla istituzione civile della città, Thomas ha mostrato che, in alcune regioni del diritto romano, la soggettività giuridica collettiva avrebbe potuto fare a meno di sostanzialità, personificazione e rappresentanza.

Due note a piè di pagina di *Fictio legis* offrono una critica ragionata all'approccio di Kantorowicz:

Non si può certo negare la genialità di Kantorowicz. Molte delle sue analisi, però, compresa quella sui due corpi del re, sostanzializzano a oltranza delle costruzioni politico-giuridiche che non concernono – bisogna ricordarlo – la causalità, bensì l'imputazione. Erigere il mondo delle istituzioni in una zona in cui l'invisibile si mescola al visibile, secondo il modello cristologico ed ecclesiologico, e a metà strada fra l'essere e il non-essere, fa perdere il senso dell'artificio, dell'arbitrarietà, e, per dirla tutta, della libertà con la quale i giuristi, compresi quelli della tradizione scolastica medievale, hanno sempre considerato il fenomeno giuridico³.

E ancora:

La preoccupazione di sostanzializzare la *fictio* è molto netta in Kantorowicz. Così, quando crede di scoprire, in Bartolo (su D., 48, 19, 16, 10), l'idea che le *universitates* traggano la loro identità da una continuità successiva, e che dunque esista una "verità" della finzione corporativa, la cui "essenza" sarebbe il tempo. Quest'idea è in realtà molto più antica, e Kantorowicz trascura soprattutto il fatto che la durata stessa è costruita: la continuità del tempo non è naturale, ma giuridica; il tempo che si succede non è un dato ontologico, bensì un'operazione del diritto. I giuristi, in questo caso, utilizzavano correntemente la tecnica della surrogazione

3. Y. Thomas, *Fictio legis*, Quodlibet, Macerata 2016, pp. 58-9.

personale. Così Accursio, su D., 5, 1, 76, a proposito dei corpi collettivi: in un tribunale, un popolo, una legione, i sostituti sono surrogati dei partenti o dei morti, *aliis subrogatis* (ugualmente, su D., 47, 22, 1: *alii substituti funguntur vice illorum*). La figura giuridica della surrogazione non ha mai smesso di accompagnare la riflessione sulle persone e sui corpi fittizi: Odofredo, su D., 8, 2, 23, s. v. *aeternus*: “Nulla quaggiù può essere eterno, se non per surrogazione” (ripreso poi da Baldo e Angelo degli Ubaldi, *ad eund. loc.*); Jacques de Révigny, su D., 3, 2, 7, 2: “quando tutti i monaci sono morti, ci si aspetta che altri saranno loro surrogati”; Giovanni d’Andrea, su c. 5, VI 5, 11: *qui erunt postea subrogati*. È questa tradizione giuridica, pienamente artificialista, che riprende Bartolo su D., 48, 19, 16, 10: “Nonostante tutti i membri del popolo siano morti e altri siano stati loro surrogati, si tratta sempre del medesimo popolo”, *mortuis omnibus de populo et aliis subrogatis, idem est populus*. La finzione dell’unità della persona non si fondava affatto su una “vera” natura del tempo, ma ne supponeva al contrario un’organizzazione giuridica, nella modalità della surrogazione successoria⁴.

Il diritto civile insomma – a dispetto di quanto la storia del diritto privato consegnataci dalla “topologia moderna” ci costringe a ritenere – aveva a disposizione mezzi e abiti tecnici per pensare il collettivo senza fare ricorso alla personificazione. La produzione giuridica di una sostanza non dovrebbe perciò essere sostanzializzata a sua volta. Essa resta, come scrive Yan Thomas, una “sintesi pragmatica”. Il suo obiettivo è proprio quello di mostrare che, da un lato, i modi di ragionamento e l’attività pratica dei giuristi romani erano agli antipodi del modello moderno e dell’assoluta priorità che esso assegna alla forma dell’individuale in relazione al “tutto” e che, dall’altro lato, essi furono capaci di pensare questo stesso “tutto” senza ricorrere al concetto di persona e all’idea di sostanza.

Secondo Yan Thomas, infatti, il diritto romano non ci fornisce né una teoria della persona giuridica né una teoria della rappresentanza quanto invece una forma speciale di soggettivazione di un’unità plurale. Sia il caso della città. Essa non appare mai, soprattutto quando è chiamata in giudizio, come un soggetto, una sostanza, ma è piuttosto una funzione o un attributo. È il nome luogo-tenente di una pluralità. Esiste quindi un’incommensurabilità tra la pluralità concreta di una comunità e l’unità astratta dell’universalità nominale. La relazione tra unità e molteplicità è pensata in relazione a un terzo, a un termine medio. La scena è quindi quella di una procedura. La città non è una persona né un corpo, ma un *nomen* la totalità dei cui attributi è declinata secondo una modalità negativa: i suoi beni sono detti *res nullius in bonis*. «Tutto sommato», come scrive Yan Thomas, «la città non era altro che il nome dell’operazione riconosciuta

4. Ivi, p. 80.

negativamente di messa tra parentesi dei diritti singolari». Questo rifiuto di personificare il molteplice, di ridurlo a un'unità, di in-dividuarlo, testimonia anche che nel diritto romano il collettivo non è mai una collezione di soggetti, ma sempre una relazione con le sue unità singolari, una generalità insatura. Il che spiega anche la possibilità – così esotica – di imputazioni patrimoniali oggettive o materiali⁵. Yan Thomas illumina la dimensione logica del comune o di un collettivo non sostanzializzato: un insieme di singolarità. Il rifiuto di ridurre la città alla totalità dei cittadini compresi come unità attesta dell'impossibilità logica di trascorrere dal collettivo alla persona. Il problema, allora come oggi, è come imputare atti e assegnare diritti a qualcosa che è sempre definito negativamente. La risposta del diritto civile non sarà quella della rappresentanza moderna, quindi della persona giuridica, ma quella di una quasi-rappresentazione che si svolge e si consuma integralmente nella procedura. All'unità della città, quindi, «non corrisponde alcuna sostanza, ma un luogo lasciato libero tra i cittadini al plurale e i magistrati al singolare»⁶.

L'azione di classe o la città dei qualunque

Resta da stabilire quale sia il rapporto tra queste teorie, o contro-teorie, apparentemente minori e clandestine, e lo stato attuale dei rapporti tra politica e diritto. Si tratta di capire se esistano modi di pensare politicamente il collettivo fuori dall'orizzonte della persona e della rappresentanza e oltre l'egemonia del diritto soggettivo; se, cioè, il molteplice, uno stare assieme di più, irriducibile a unità, possa essere giuridicamente istituito. La crisi irrimediabile della “topologia moderna” e delle sue forme di mediazione – uguaglianza come in-differenza sul lato pubblico e libertà (di vendere e vendersi) su quello privato – mostra la difficoltà di continuare a pensare l'azione politica secondo lo schema della sintesi rappresentativa. La qualità degli interessi e dei bisogni che emergono allorché le forme della produzione acquistano una curvatura prepotentemente cooperativa rendono molto difficile, se non impossibile, l'impiego di una mediazione costruita attraverso lo schema pubblicitario della legge – una decisione da tutti voluta e per tutti valida – e quello privatistico del contratto – una decisione valevole soltanto e solo per le parti che hanno concorso a stabilirla e i cui effetti devono riguardarle esclusivamente.

5. Cfr. R. Orestano, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, vol. I, Giapichelli, Torino 1968, pp. 295-319.

6. Y. Thomas, *L'institution civile de la cité*, in Id., *Les opérations du droit*, Seuil-Gallimard-EHESS, Paris 2011, p. 120.

La *class action* – disciplinata dall’art. 140-*bis* del Codice del consumo – è, dal 1° gennaio 2010, parte dell’arredo dell’ordinamento italiano. Se questa “azione di classe” a tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori e degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti sia o meno una traduzione – e, eventualmente, quanto fedele – di quella *class action* organizzata dalla *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi, che ne costituisce almeno idealmente il modello, è il compito che ha impegnato e non smette di impegnare i processualciviltisti italiani⁷. Tuttavia, a dispetto dell’enfasi politica con cui se ne discusse e annunciò l’introduzione e delle *querelles* che agitarono la dottrina, il bilancio delle sue *performances* è indubitabilmente assai modesto. Importa qui assai meno stabilire le ragioni di questo insuccesso che sottolineare i caratteri logici e tecnici che fanno – come la dottrina statunitense non ha smesso di sottolineare e quella italiana perlopiù di paventare – di questo dispositivo procedurale un oggetto unico e una radicale alternativa alle forme della mediazione giuridica tipiche della “topologia moderna”.

Gli assi su cui preme la novità, e dunque l’eventuale irricevibilità, dell’azione di classe sono fondamentalmente due. La sovversione della logica del diritto soggettivo, da un lato; e la politicizzazione integrale dello spazio della procedura, dall’altro. L’accesso alla giustizia, ma sarebbe meglio dire la contro-rappresentanza, che sarebbe in grado di garantire, e gli interessi diffusi, ma sarebbe meglio dire trans-soggettivi, che potrebbe tutelare, fanno della *class action* una tecnica di soggettivazione giuridica singolarissima⁸. Essa istituisce un collettivo agli antipodi della forma di legge e della tecnica del contratto; all’opposto cioè delle forme con cui la “topologia moderna” mediava il collettivo di fatto estinguendolo. L’azione di classe non rispetta né il registro logico dell’individualità su cui si fonda il diritto soggettivo e neppure quello della generalità che governa la tecnica della rappresentanza.

7. La letteratura sul tema è sterminata. In ragione dell’obiettivo di questo saggio, e degli esigui spazi di cui disponiamo, le indicazioni bibliografiche saranno ridotte allo stretto indispensabile. Per un inquadramento generale della vicenda italiana rimando a due ponderosi volumi e alle loro nutrite bibliografie: R. Donzelli, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Jovene, Napoli 2008 e A. D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Jovene, Napoli 2013.

8. Cfr. due grandi classici della teoria della *class action*: di O. Fiss, *The Political Theory of the Class Action*, in “Washington & Lee Law Review”, 53, 1, 1996, pp. 21-31 e Id., *Against Settlement*, in “The Yale Law Journal”, 93, 6, 1984, pp. 1073-90; di S. Issacharoff, *Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions*, in “The Supreme Court Review”, 1999, pp. 337-92 e Id., *Class Actions and State Authority*, in “Loyola University Chicago Law Journal”, 44, 2012, pp. 370-90.

I diritti e gli interessi che individuano una classe hanno infatti una consistenza radicalmente spuria: essi non sono né privati né pubblici. Non appartengono né a uno né a tutti: sono di molti. E soprattutto sono di ciascuno di questi molti. Interessi e diritti che non possono essere dunque né sommati né sintetizzati: devono restare di tutti e di ciascuno. Ma soprattutto: essi non possono essere ascritti prima di essere rivendicati. Quei molti che ne sono titolari lo diventano soltanto quando un evento li identifica, istituendoli in un collettivo, come tali. L'azione di classe, la sua stessa ecologia, si scontra perciò frontalmente con alcuni presidi posti a garanzia della capacità di agire contro ogni tentazione di manomettere l'ordinamento e le libertà sulla scena di un processo. Contro queste classiche obiezioni – quelle che fanno leva sul rapporto tra diritto procedurale e diritto sostanziale e quelle, invece, che insistono sugli effetti del giudicato – occorre insistere sul fatto che la prestazione più tipica di una azione di classe – proprio in virtù degli interessi e dei diritti azionabili che la riguardano – è nient'altro che la separazione tra legittimazione ad agire e situazione giuridica soggettiva. Essa fa saltare il rapporto, tipico della “topologia”, tra l'esistenza di una situazione soggettiva di vantaggio approntata dall'ordinamento e possibilità, o diritto soggettivo, di agire in giudizio. Se sono quindi gli interessi e i diritti a istituire una classe e non sono già quelli ad appartenere a questa, è allora possibile capire quanto l'azione di classe sia sideralmente distante dal modello del diritto soggettivo: non è l'attribuzione di questo da parte dell'ordinamento a permettere al soggetto di agire. È l'interesse a istituire, nella forma di un collettivo meno che generale, il suo stesso soggetto. Riccardo Orestano aveva parlato a questo proposito di “diritti senza soggetto”⁹: un'ipotesi intollerabile e perciò necessariamente eccettuata da un diritto privato fondato sull'egemonia e governato dalla logica del diritto soggettivo.

Certamente, il rapporto tra una tutela del collettivo riconducibile al diritto amministrativo e l'alternativa rappresentata dalla collettivizzazione dell'azione di stampo privatistico merita infinite precauzioni di ordine storico e tecnico. Si tratta infatti di due modi radicalmente opposti di intendere il diritto dei soggetti singoli e di qualificare le *universitates* di persone: nella logica amministrativa che si è affermata nell'Europa continentale dall'Ottocento, lo Stato si faceva carico di alcuni interessi diffusi (salute, educazione, accesso a risorse naturali essenziali, servizi) riconoscendo ai cittadini non diritti soggettivi ma interessi legittimi; e sempre lo Stato si riservava il diritto esclusivo di qualificare come soggetti le pluralità

9. R. Orestano, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in “Jus”, XI, 1960, pp. 1-48.

di persone i cui interessi potevano essere rappresentati in giudizio. La *class action* rifiuta coscientemente la separazione fra interesse legittimo e diritto soggettivo, e più in generale la distinzione tra amministrativo e privato.

L'azione di classe, in altre parole, attesta di una priorità dell'interesse (diffuso) sul diritto (collettivo) che non può non avere un effetto sul soggetto che ne sarebbe il titolare. Non solo: è la stessa antecedenza logica della titolarità sull'azionabilità a essere messa sotto cauzione. Gli interessi istituiscono i diritti¹⁰ e determinano dunque la qualità del soggetto titolato ad agire: un soggetto la cui natura non potrà che essere plurale e insieme, tuttavia, irriducibile a unità tramite rappresentanza o "esponenzialità", pena la sua stessa insussistenza. Diremo quindi che l'azione di classe comporta una produzione processuale di un soggetto impersonale. La classe è perciò essa stessa molto più un ente "quodlibetale" che non un ente esponenziale: essa funziona, cioè, secondo il principio della metonimia e non in accordo a quello della metafora. Non rappresenta né sintetizza i più: le parti sono sottratte all'unità perché sono sempre più di essa; la parte esprime il tutto e l'effetto sta per la causa. Individuale e molteplice si confessano radicalmente indiscernibili. Il soggetto di un interesse diffuso è per definizione qualunque, singolare comune: non è né Uno né uno.

Il titolare di una *class action*, d'altronde, tecnicamente, non rappresenta. La quasi-rappresentanza della classe gioca il qualunque contro il qualificato. Si tratta, cioè, non già di una sintesi ma della esposizione e composizione dei singolari attraverso il qualunque. Proprio come la città del diritto civile romano, l'azione di classe esibisce una forma di istituzione del collettivo non rappresentativa. L'una come l'altra, sfidando il piano logico della "topologia moderna", e dunque insieme l'infrastruttura del diritto soggettivo che la mantiene in vita, ne disfano anche l'antropologia politica. La *class action* annuncia infatti un'antropologia dell'uso e del consumo¹¹. I suoi campi d'applicazione – diritto del consumo e diritto dell'ambiente – determinano il profilo dei suoi potenziali soggetti: utenti, consumatori. Soggetti definiti cioè molto più da ciò che non è in loro potere, da quanto loro accade, che non da ciò che essi vogliono o pretendono. Effetti di soggetto, prodotti dall'attrito tra una forma di vita e le cose o l'ambiente – la "natura", la "tecnica" – che la circondano e la attraversano.

Il modo di fare collettivo di una "classe" è radicalmente alternativo a quello della politica rappresentativa. È perciò che un'azione come quella di classe, con le trasformazioni che impone all'assetto logico del diritto civile, lascia intuire i lineamenti di un'altra politica. Si tratta della capacità

10. Cfr. S. Rodotà, *Le azioni civilistiche*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio (Pavia 11-12 giugno 1974)*, Cedam, Padova 1976.

11. Cfr. E. Coccia, *Le Bien dans les choses*, Payot et Rivages, Paris 2013.

di istituire un collettivo a meno della trascendenza, di tenere assieme molti senza farne Uno, giacché la ragione della loro unità non è custodita in una omogeneità che per essere prodotta deve essere già sempre postulata (come nel caso, esemplare, della forma di legge e del circuito della sua produzione legittima), ma in una radicale eterogeneità e improprietà che può soltanto essere “composta”¹². Questa nuova e diversa politicità è esposta e riassunta dal nome stesso di “classe”: composizione predicativa, attributiva, funzionale. È ciò che residua, momentaneamente isolato, contingentemente istituito, da un attrito con il mondo. Con l'effetto paradossale che è proprio il diritto – che nella modernità aveva dovuto funzionare come l'altro dalla politica – ad annunciare che adesso la politica è dappertutto: negli oggetti, nell'ambiente, dentro casa. Politica è tutto ciò che ci capita, politico è tutto quanto accade. Questa politicizzazione totale e insieme ordinaria, che sancisce la fine della separazione moderna tra mondo politico e sfera economica, ha nel risarcimento la sua evidenza più palmare. A dispetto di ogni moralismo e romanticismo politico, la riparazione del danno per equivalente è uno degli indici più eloquenti di questa gigantesca novità. La composizione di “classe” della classe è definita dalle condizioni dell'utenza (servizi) e del consumo (beni): né cittadini-lavoratori (soggetti collettivi di diritto pubblico) e neppure contraenti (soggetti individuali di diritto privato). Tramonta l'antropologia della rappresentanza e con essa quella omogeneità – e quell'esclusività – che ne era allo stesso tempo l'effetto e la condizione. La “classe” è un collettivo – un assemblaggio di singolarità – contingente, eterogeneo, aleatorio, inclusivo. Essa è un'assemblea temporanea la cui capacità di agire è determinata dall'evento che l'ha istituita.

“Tortificazione” del diritto civile

L'azione di classe – in virtù degli interessi che la istituiscono e del soggetto che essa produce – è un dispositivo compiutamente *civile*: al di là della “topologia moderna” e della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato che quella aveva dovuto imporre per potersi riprodurre. Definiamo questo processo una “tortificazione” del diritto civile. Il collettivo – proprio perché non è più dell'ordine della sostanza, dell'unità e dell'individualità – non abita né nel pubblico né nel privato, ma si istituisce direttamente nell'azione. Come aveva suggerito Émile Benveniste nei suoi decisivi stu-

12. Cfr. M. Hardt, A. Negri, *Assembly*, Oxford University Press, Oxford 2017 e P. Rescigno, G. Resta, A. Zoppini, *Diritto privato. Una conversazione*, il Mulino, Bologna 2017, specialmente pp. 49-56.

di su verbi e pronomi¹³, la diatesi è l'indice del rapporto tra un soggetto e un processo. Se quella attiva indica una esteriorità tra soggetto e azione, quella media descrive precisamente l'implicazione tra un soggetto e il processo in cui questi è impegnato. Il sistema rappresentativo della *class action* addita nient'altro che questo carattere avventuroso di implicazione tra un soggetto e l'evento che lo individua. L'individualità e la particolarità di un "io", da un lato, e la generalità e la totalità di un "noi", dall'altro, sono entrambe sospese alla impersonalità di un "essi". L'interesse di una classe non è né mio né di tutti, ma di alcuni di cui posso trovarmi a far parte, di molti le cui qualità non possono essere descritte in anticipo. La classe è una "vaga generalità" – una collettività diffusa – che oppone la sua virtuale illimitatezza alla certa moltiplicazione di un interesse legittimo. Un assemblaggio di attributi a cui non corrisponde nessun soggetto, una collezione di predicati a cui non fa capo nessun sostantivo. La prosa dell'azione collettiva è paratattica. Deposte sostanza, identità, essenza, la classe è una comunità degli effetti, postuma agli eventi che – ri-mediandola – la istituiscono.

Disfatta del diritto soggettivo e politicità della procedura trovano nel diritto della responsabilità civile – in quel *Tort Law* che della *class action* è la *sedes materiae* – il loro luogo più proprio¹⁴. Il problema dell'imputabilità causale individuale da una parte e quello della legittimazione ad agire individuale dall'altra sono reimpaginati da cima a fondo da un'istituzione del collettivo che è, alla lettera, processuale. Dal punto di vista dell'imputazione, si tratta di domandarsi cosa significherebbe avere a che fare con un convenuto indeterminato o non entificato. Il problema rimane quello di disattivare la persona giuridica come macchina giuridica costruita per separare il collettivo dai singoli componenti del gruppo e per poter attribuire a essa una capacità giuridica autonoma e separata da quella dei suoi membri. La necessità di stabilire un legame tra l'identità di un soggetto e le sue azioni, come abbiamo visto, è stata affrontata attraverso operazioni giuridiche che componevano, confondendoli, individualismo e olismo.

Il problema che sorge oggi è quello di una moltiplicazione dei regimi di responsabilità. La responsabilità individuale non è più sufficiente a fare

13. Faccio riferimento a tre saggi di É. Benveniste: *Actif et moyen dans le verbe*, *Structure des relations de personne dans le verbe* e *La nature des pronoms*, raccolti rispettivamente alle pp. 168-75, 225-36, 251-7 di Id., *Problèmes de linguistique générale*, I, Gallimard, Paris 1966.

14. Per una storia, tecnica e politica, del diritto della responsabilità civile in Italia si vedano G. Marini, *Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla relazione pubblico/privato*, parte I, in "Rivista critica del diritto privato", XXVI, 1, 2008, pp. 23-65 e Id., *Gli anni settanta della responsabilità civile. Uno studio sulla relazione pubblico/privato*, parte II, in "Rivista critica del diritto privato", XXVI, 2, 2008, pp. 229-61.

l'economia delle interrelazioni tra i molteplici fattori che causano danni. Questo è particolarmente vero per i danni ambientali. Ciò che occorre istituire è non già un attore collettivo sostanzializzato, una persona, bensì, come ha suggerito Gunther Teubner, una “riserva di rischio” a cui sia collegata una “ecologia delle cause”. È questa soggettivazione indeterminata della responsabilità che definisce nuove reti di rischio. È un ambiente istituzionale ibrido in cui l'attore potenzialmente capace di produrre un danno può essere costretto a prevenirne il rischio.

Nella formula teubneriana di “autogestione preventiva” possiamo leggere la crisi del modello tradizionale di causalità. Poiché i legami tra azioni e danni non sono più chiaramente decifrabili, il convenuto non è più identificato con un attore collettivo sostanzializzato ma con una rete, vale a dire un assemblaggio ibrido di contratti e organizzazioni. Un soggetto dotato di capacità giuridica che allo stesso tempo riunisce una pluralità di attori. La “cupola”, che è l'immagine e il concetto giuridico attraverso cui l'imputazione causale dei crimini di mafia è stata pensata nell'ordinamento penale italiano, è la metafora che Teubner impiega per ragionare su un'imputazione e una responsabilità ambientale collettiva¹⁵. Si tratta ovviamente di problemi tecnici e dottrinali molto complessi. La questione del convenuto indeterminato nel diritto della responsabilità civile è molto discussa e sta diventando una vera e propria *pièce de résistance* del diritto comparato nei paesi di diritto civile. La gestione di una causalità alternativa lungo le linee della responsabilità solidale o proporzionale è al centro dei lavori del Gruppo europeo di *Tort Law* e del *Common Core* del diritto privato europeo.

Stanno emergendo, un po' ovunque, formule alternative alla cosiddetta causalità “but for”. Basti pensare alle cosiddette teorie della “event's sufficiency”. Ciò che occorre sottolineare è, al di là delle singole proposte, la centralità del *Tort Law* – del suo stile e delle sue tecniche – per pensare la forma giuridica di un collettivo non sostanzializzato. Le difficoltà che abbiamo appena osservato per quanto riguarda il convenuto riguardano anche, sia pure in modo diverso, l'attore. È il caso, appunto, dell'azione di classe. Ci troviamo quindi di fronte a casi di responsabilità civile in cui anche il querelante è un collettivo non sostanzializzato. È sempre un rimedio specifico a istituirlo nella forma di collettivo. Affinché il suo diritto sia protetto, l'attore non deve essere personificato o sostanzializzato in anticipo. Esso diventa collettivo contingentemente grazie a una convergenza di interessi. Simili fenomeni influenzano quindi una più generale metamor-

15. G. Teubner, *Ibridi ed attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Mimesis, Udine 2015.

fosi giuridica che chiamiamo conseguentemente “tortificazione” del diritto civile. L’impiego di questa forse non felicissima espressione è un espediente per riferirsi a un vivace dibattito all’interno della teoria diritto privato che, come nel caso del *New Doctrinalism*, ha cominciato a ragionare in modo esplicito e speculativamente sostenuto sul rapporto tra diritto e istituzione del collettivo¹⁶. Non è d’altronde casuale che proprio nel *Tort Law* sia stato riconosciuto un travestimento del diritto pubblico¹⁷. Il rapporto, così tipico della *Law of Torts*, tra una serie di danni e una di rimedi capaci di produrre attori e convenuti non sostanzializzati interroga tutti i limiti del diritto soggettivo. La responsabilità civile, e in particolare quella extra-contrattuale, fornisce un punto di vista unico sull’emersione di imputabilità e *standing* di attori non sostanzializzati. Sarà sufficiente pensare al danno ambientale o a quello causato da prodotto difettoso per accorgersi di come e quanto le esperienze che ci confrontano alla natura da una parte o alla tecnica e alla tecnologia dall’altra esigono una profonda revisione dell’individualismo e del sostanzialismo del diritto privato moderno.

Se Luhmann e Latour hanno recentemente aiutato Gunther Teubner a pensare la responsabilità ambientale, saranno probabilmente Louis Josserand, a cui si deve la formidabile intuizione sul “danno anonimo”¹⁸, e Gilbert Simondon e il suo “ambiente tecnico associato”, a permettere di ripensare da cima a fondo quella da prodotto difettoso. Ovviamente si tratta di spostare l’attenzione giuridica dai soggetti ai contesti, dagli attori collettivi sostanzializzati, le persone, agli attanti e agli ibridi; considerare gli eventi, le disposizioni degli esseri, prima dei soggetti titolari di diritti; pensare, cioè, a una posteriorità degli attori interessati in relazione ai danni possibili. Enfatizzare il danno subito piuttosto che il danno prodotto consente di descrivere gli attori collettivi non sostanzializzati come attanti. Secondo Bruno Latour, si tratta di una «multiplicité des puissances d’agir» le cui «compétences, c’est-à-dire ce qu’ils sont, ne sont définies qu’après leurs performances, c’est-à-dire après qu’on est parvenu à enregistrer comment ils se comportent». Gli attanti si oppongono quindi radicalmente agli attori. Contrappongono le prestazioni alle abilità, i nomi di azione ai nomi di cosa, gli attributi alla sostanza, il prima al dopo, l’instabilità alla stabilità¹⁹.

16. Cfr. C. Carmody Tilley, *Tort Law Inside Out*, in “The Yale Law Journal”, 126, 5, 2017, pp. 1242-599.

17. Cfr. L. Green, *Tort Law Public Law in Disguise*, in “Texas Law Review”, 38, 1, 1959, pp. 1-13.

18. L. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, A. Rousseau, Paris 1897.

19. B. Latour, *Face à Gaïa*, La Découverte, Paris 2015, pp. 236-40.

Gli eventi conformano gli interessi e questi producono i loro soggetti: tale è la dinamica che annoda il *Tort Law* e la *class action*. Si potrebbe anche chiamarla una politica dei bisogni. La graduale “tortificazione” del diritto della responsabilità civile – capace di fornire schemi di tutela che disfanò implacabilmente l’infrastruttura volontarista e individualista della “topologia moderna” – lo dinamizza da cima a fondo rendendo virtualmente sempre più esteso il suo raggio d’azione. All’immagine del diritto privato della “topologia moderna”, che avrebbe trovato nella forma logica dell’obbligazione la cauzione alla propria indubitabile stabilità, fa da contraltare questo diritto civile “tortificato”, il cui stile non può che essere plastico e storicamente determinato da quegli stessi eventi che lo attivano e lo sollecitano.

La responsabilità civile ha sempre funzionato come una cerniera tra forme di vita e modo di produzione²⁰. È perciò che in essa riposano oggi le tecniche e le manovre giuridiche capaci di dare forma e capacità offensiva a un’antropologia dell’uso e del consumo, a una forma di vita senza sostanza né identità, capace soltanto di identificarsi dinamicamente – raccogliendosi in effimere assemblee, contingenti comunità, aleatorie classi – in un nome che è l’effetto di quell’evento capace di imprimerglielo. Un diritto basato sui rimedi più che sui diritti, o, per dirla altrimenti e forse meglio, in cui i diritti sono un effetto di interessi che, emergendo, descrivono anche la forma del proprio soggetto (né uno né Uno), impone una rettifica della forsennata enfasi di cui il diritto soggettivo continua a godere nel sistema del diritto privato. La categoria dei diritti trans-soggettivi o trans-individuali – una classe di diritti già presente nel diritto dei consumatori brasiliano, introdotta assecondando l’esplicita intenzione di fabbricare un dispositivo tecnico in grado di configurare i rapporti tra una molteplicità di attori che non siano già legati tra loro da vincoli giuridici – indica la necessità di dare forma a interessi più che privati e meno che pubblici, né individuali né generali, la cui stessa esistenza attesta della solo apparente opposizione di categorie altrimenti solidali nell’esclusione del collettivo e del molteplice. Gli interessi diffusi sono, se analizzati a questo grado di radicalità, l’antitesi dei diritti soggettivi individuali e degli interessi legittimi. All’ipotassi sovrana che, attraverso il verbo della legge, subordinava soggetti definiti e omogenei, si oppone adesso la coordinazione di interessi e bisogni che accadono, individuandoli, a collettivi in attesa di essere ogni volta temporaneamente e processualmente istituiti. È questa nuova prosa del mondo che, dopo aver congedato ogni lirismo, domanda di scrivere una nuova grammatica dei diritti e soprattutto una nuova serie di rimedi e azioni. In una parola: una nuova politica.

20. Cfr. S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano 1964.

