

INDICE

INTRODUZIONE	5
CAP. I -L'AZIONE COLLETTIVA RISARCITORIA ITALIANA NELL'ART. 140 BIS COD. CONS.	
1. Lo strumento generale di tutela: l'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria nell'ordinamento italiano.....	10
2. La legittimazione esclusiva degli enti esponenziali.....	18
3. Il concetto di impresa: la legittimazione passiva.....	28
4. Situazione giuridica tutelata ed ambito di applicazione.....	31
5. Le forme di partecipazione all'azione collettiva risarcitoria. Le adesioni.....	37
6. <i>Segue</i> . L'intervento.....	47
7. Il filtro dell'azione collettiva risarcitoria: il procedimento di ammissione della domanda.....	50
8. La sentenza collettiva del giudizio collettivo: accertamento o condanna.....	60
9. La fase di liquidazione del risarcimento e la conciliazione. Rinvio.....	71
CAP. II -I RILIEVI CRITICI E I TENTATIVI DI MODIFICA DELL'AZIONE COLLETTIVA RISARCITORIA	
1. I primi rilievi critici all'azione collettiva risarcitoria e le necessità di un intervento di modifica.....	75
2. Le proposte di modifica della XVI legislatura.....	83

CAP. III -L'AZIONE DI CLASSE ED IL NUOVO ART. 140 BIS COD. CONSUMO

1. Introduzione.....	103
2. I diritti tutelabili con l'azione di classe.....	117
3. La legittimazione attiva.....	140
3.1. <i>Segue</i> . La legittimazione passiva.....	156
4. Atto introduttivo del giudizio.....	167
5. Competenza giudiziale.....	176
6. La prima udienza e il giudizio di ammissibilità.....	187
7. L'ordinanza che ammette l'azione di classe.....	211
8. L'adesione all'azione di classe.....	219
9. Le altre forme di partecipazione all'azione di classe. Il divieto d'intervento e la proposizione di ulteriori azioni collettive.....	240
10. Lo svolgimento del processo.....	245
11. La sentenza.....	249
11.1. <i>Segue</i> . La determinazione del "quantum".....	258
12. Le rilevanti lacune normative. L'assenza della disciplina sulle impugnazioni.....	270
12.1. <i>Segue</i> . La tutela cautelare.....	276
13. Giudicato.....	281

CAP. IV -TRANSAZIONE E CONCILIAZIONE NELLA TUTELA COLLETTIVA RISARCITORIA

ITALIANA

1. Introduzione.....	286
----------------------	-----

2. L'azione collettiva risarcitoria e la fase conciliativa successiva alla sentenza nella pregressa versione dell'art. 140bis cod. consumo.....	288
3. La nuova azione di classe ed i rapporti con la disciplina sulla mediazione. La conciliazione obbligatoria.....	302
3.1. La conciliazione facoltativa e giudiziale nel corso dell'azione di classe.....	307
3.2. <i>Segue.</i> L'azione di classe e la posizione degli aderenti nel procedimento di mediazione.....	311
3.3. <i>Segue.</i> L'impresa convenuta e la necessità di un'interpretazione efficace della disciplina del D.lgs. n. 28 del 2010.....	319
3.4. Le altre lacune nei rapporti tra mediazione e azione di classe. La conciliazione precedente alla scadenza del termine per le adesioni.....	335
3.5. <i>Segue.</i> Le conseguenze sugli aderenti che non partecipano all'accordo conciliativo.....	340
3.6. <i>Segue.</i> La conciliazione parziale in caso di pluralità di azioni di classe e di attori proponenti.....	344
3.7. <i>De iure condendo.</i> Il ruolo del giudice nella definizione negoziale dell'azione di classe.....	352
4. Il rapporto tra istituto della mediazione e transazione. Lacuna normativa ed estensione analogica delle soluzioni offerte dal legislatore delegato.....	359

CONCLUSIONI	368
BIBLIOGRAFIA	381
GIURISPRUDENZA	397

INTRODUZIONE

Il processo civile italiano al pari degli altri sistemi di *civil law* è tradizionalmente meno incline all'utilizzo di strumenti di tutela collettiva dei diritti ed interessi meta-individuali.

Tuttavia le distanze rispetto agli ordinamenti di *common law* si è sensibilmente ridotta, specie nel corso degli anni '90, in forza dell'introduzione della disciplina di tutela degli interessi collettivi dei consumatori attraverso l'azione collettiva inibitoria e ripristinatoria oggi inserita nel Codice del Consumo.

Residuava, però, una evidente e grave lacuna di sistema in ragione dell'assenza di uno strumento processuale in grado di consentire ai soggetti danneggiati da illeciti di massa o seriali la possibilità di ricorrere collettivamente davanti ad un giudice e ottenere in forma aggregata il risarcimento dei danni subiti. Mancava, insomma, nel nostro ordinamento un'azione collettiva risarcitoria.

Il nuovo millennio e gli scandali finanziari che hanno coinvolto milioni di risparmiatori hanno avanzato improrogabilmente la necessità di colmare questa lacuna.

In primo luogo si poneva l'esigenza di consentire attraverso l'aggregazione una maggiore accessibilità al sistema giustizia da parte di pretese individuali il cui basso valore unitario disincentivava un'azione risarcitoria individuale. A ciò si aggiunga il tentativo di abbattere lo squilibrio di forze che nell'odierno sistema economico coinvolge consumatori e imprese e l'accesso al sistema giustizia¹.

I vantaggi che uno strumento di tutela collettiva risarcitoria determina consistono altresì e in via riflessa nella possibilità di ottenere un effetto deflattivo del carico processuale che il sistema giustizia si troverebbe ad affrontare nel caso di contestuale presentazione di una pluralità di azioni risarcitorie fondate tutte sullo stesso illecito seriale.

¹ Si tratta di uno squilibrio soggettivo tra parti processuali, impresa e singolo consumatore, in grado di esprimere una “forza processual-difensiva” nettamente diversa, e di rimando un esito processuale incerto, come rilevava GALANTER nella distinzione elaborata tra parti abituali e parti occasionali del processo, in *Perché gli abbienti si avvantaggiano. Riflessioni sui limiti del riformismo giuridico*, Pol. Dir. 1976 p. 307 ss.

Il legislatore italiano ha portato a compimento il tentativo di colmare questa lacuna processuale già dalla fine del 2007 con l'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria, che è stata poi successivamente modificata nella definitiva versione dell'azione di classe disciplinata dall'art. 140 *bis* Cod. cons.

Il presente lavoro ha l'obiettivo di analizzare le soluzioni processuali adottate dal legislatore italiano nella tutela collettiva risarcitoria, in special modo nell'ultimo strumento dell'azione di classe, anche al fine di valutare la concreta applicabilità all'interno del nostro ordinamento, segnalandone gli aspetti di maggior novità rispetto ai principi tradizionali del processo civile italiano, oltre a eventuali lacune e difetti.

Al fine di dare, però, una visione completa della disciplina dell'azione collettiva risarcitoria facendone comprendere le evoluzioni normative del legislatore si è voluto affrontare l'analisi della precedente versione dell'art.140 *bis* del Codice del consumo e dei successivi disegni di legge di modifica.

Un approfondimento dell'istituto dell'azione collettiva risarcitoria e i successivi tentativi di riforma che hanno portato alla recente versione dell'azione di classe può consentire a chi affronta il tema di meglio comprendere le soluzioni tecniche e le ragioni sottese che hanno spinto il legislatore alla definitiva versione dell'istituto.

Infine, un ultimo capitolo è dedicato a quella che tradizionalmente rappresenta negli altri sistemi che hanno adottato la tutela collettiva risarcitoria, in particolare negli Stati Uniti con la *class action*, il normale epilogo della proposta tutela collettiva risarcitoria, ovvero la definizione transattiva o conciliativo, al fine di valutare se il nostro ordinamento consenta e agevoli forme di definizione alternativa della controversia seriale risarcitoria.

Capitolo I

L'AZIONE COLLETTIVA RISARCITORIA ITALIANA NELL'ART.

140 BIS COD. CONS.

Indice: 1. *Lo strumento generale di tutela: l'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria nell'ordinamento italiano* - 2. *La legittimazione esclusiva degli enti esponenziali* - 3. *Il concetto di impresa: la legittimazione passiva* - 4. *Situazione giuridica tutelata ed ambito di applicazione* - 5. *Le forme di partecipazione all'azione collettiva risarcitoria. Le adesioni* - 6. *Segue. L'intervento* - 7. *Il filtro dell'azione collettiva risarcitoria: il procedimento di ammissione della domanda.* - 8. *La sentenza collettiva del giudizio collettivo: accertamento o condanna.* - 9. *La fase di liquidazione del risarcimento e la conciliazione. Rinvio*

1. Lo strumento generale di tutela: l'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria nell'ordinamento italiano

L'azione collettiva risarcitoria, introdotta con l'art. 140 *bis* del codice del consumo (D.lgs. n. 206/2005)², ha

² L'art. 140-bis del D.Lgs. 6 Settembre, n. 206, introdotto dalla l. 24 Dicembre 2007 n. 244, art. 2, comma 446, così recitava: «*Art. 140-bis. - (Azione collettiva risarcitoria). - 1. Le associazioni di cui al comma 1*

rappresentato la prima concreta realizzazione di una forma di tutela collettiva risarcitoria in Italia. La sua introduzione ha fatto seguito ad un (ormai maturo) esame che aveva impegnato le competenti commissioni dei due rami parlamentari e che aveva condotto, nel corso della XV°

dell'articolo 139 e gli altri soggetti di cui al comma 2 del presente articolo sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'articolo 1342 del codice civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti.

2. Sono legittimati ad agire ai sensi del comma 1 anche associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere. I consumatori o utenti che intendono avvalersi della tutela prevista dal presente articolo devono comunicare per iscritto al proponente la propria adesione all'azione collettiva. L'adesione può essere comunicata, anche nel giudizio di appello, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni. Nel giudizio promosso ai sensi del comma 1 è sempre ammesso l'intervento dei singoli consumatori o utenti per proporre domande aventi il medesimo oggetto. L'esercizio dell'azione collettiva di cui al comma 1 o, se successiva, l'adesione all'azione collettiva, produce gli effetti interruttivi della prescrizione ai sensi dell'articolo 2945 del codice civile.

3. Alla prima udienza il tribunale, sentite le parti, e assunte quando occorre sommarie informazioni, pronuncia sull'ammissibilità della domanda, con ordinanza reclamabile davanti alla corte di appello, che pronuncia in camera di consiglio. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi, ovvero quando il giudice non ravvisa l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi del presente articolo. Il giudice può differire la pronuncia sull'ammissibilità della domanda quando sul medesimo oggetto è in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente. Se ritiene ammissibile la domanda il giudice dispone, a cura di chi ha proposto l'azione collettiva, che venga data idonea pubblicità dei contenuti dell'azione proposta e dà i provvedimenti per la prosecuzione del giudizio.

legislatura, all'approvazione di un testo base alla Camera sull'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria³. Nel corso dei lavori in aula per l'approvazione della legge finanziaria, con un risultato a sorpresa⁴ venne inserito un emendamento – ad iniziativa degli On.li Manzione e Bordon

4. Se accoglie la domanda, il giudice determina i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio. Se possibile allo stato degli atti, il giudice determina la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente. Nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa propone il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria. La proposta in qualsiasi forma accettata dal consumatore o utente costituisce titolo esecutivo.

5. La sentenza che definisce il giudizio promosso ai sensi del comma 1 fa stato anche nei confronti dei consumatori e utenti che hanno aderito all'azione collettiva. È fatta salva l'azione individuale dei consumatori o utenti che non aderiscono all'azione collettiva, o non intervengono nel giudizio promosso ai sensi del comma 1.

6. Se l'impresa non comunica la proposta entro il termine di cui al comma 4 o non vi è stata accettazione nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione della stessa, il presidente del tribunale competente ai sensi del comma 1 costituisce un'unica camera di conciliazione per la determinazione delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o sono intervenuti ai sensi del comma 2 e che ne fanno domanda. La camera di conciliazione è composta da un avvocato indicato dai soggetti che hanno proposto l'azione collettiva e da un avvocato indicato dall'impresa convenuta ed è presieduta da un avvocato nominato dal presidente del tribunale tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori. La camera di conciliazione quantifica, con verbale sottoscritto dal presidente, i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti. Il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo. In alternativa, su concorde richiesta del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta, il presidente del tribunale dispone che la composizione non contenziosa abbia luogo presso uno degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni, operante presso il comune in cui ha sede il tribunale. Si applicano, in

– poi successivamente corretto dal Governo⁵, che introdusse all’art 2 della l. 24 dicembre 2007 n. 244, i commi dal 445 al 449, i quali disciplinavano l’azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori, *quale nuovo strumento generale di tutela nel quadro delle misure nazionali volte alla disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, conformemente ai principi stabiliti dalla normativa comunitaria volti ad innalzare i livelli di tutela.*

quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 39 e 40 del citato decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni».

³ L’8 novembre 2007 era stato approvato il testo base sostanzialmente basato sul disegno di legge d’iniziativa governativa, ddl n. 1495/ XV. Si trattava del testo di iniziativa governativa sul quale si era incentrata l’attenzione della II° commissione Giustizia della Camera, considerandolo quale testo base dei lavori introduttivi del nuovo strumento processuale. Il ddl n. 1495/C (Bersani-Padoa Schioppa-Mastella) riproduceva, in realtà, quasi totalmente il progetto di legge n. 3058 della XIV legislatura a sua volta testo base nei lavori della commissione della precedente legislatura. Tale modello, per altro, (salvo alcune differenze) si poneva in linea con il disegno di legge n. 1289 (Maran) e il n. 1662 (Buemi), parimenti pendenti presso la II° commissione Giustizia della Camera.

⁴ I giornali del 16 novembre 2007 riportano il tragicomico “errore” di votazione di un senatore di opposizione, grazie al quale si approvò l’emendamento.

⁵ La necessità di apportare modifiche al testo approvato veniva sin da subito posta in evidenza dai primissimi commenti ove si evidenziava come: « il modello di azione collettiva che ci viene proposto sia inadeguato ai bisogni che invece dovrebbe soddisfare» BOVE M., *Class action: professionisti e consumatori meritano una legislazione più equilibrata*, Guida al Diritto, 2007, n. 47, p. 12.

Nonostante il riferimento allo strumento generale di tutela⁶ l'azione collettiva risarcitoria in realtà si aggiungeva e si affiancava, senza sostituirla⁷, a tutti quegli strumenti di tutela previsti dal nostro ordinamento ove si attribuisce la legittimazione ad agire ad associazioni o altri enti per la tutela di interessi superindividuali⁸. Tuttavia, è bene dire che nel caso di specie la dottrina non ha attribuito centralità all'interesse collettivo già previsto in altri strumenti di tutela per cui si legittimavano ad agire associazioni di consumatori. Tale strumento, infatti, pur non trascurando il ruolo che l'interesse collettivo rivestiva ai fini

⁶ Ritenuto dalla dottrina troppo enfatico; si veda MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, www.judicium.it, il quale riteneva che con lo strumento in questione si potessero ottenere «condanne inibitorie e ripristinatorie necessarie per la piena reintegrazione non soltanto dell'interesse a dimensione seriale violato, ma anche delle plurime situazioni sostanziali individuali lese», e quindi considerando, realmente, l'azione collettiva risarcitoria quale rimedio a carattere generale.

⁷ In tal senso COSTANTINO G., *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis cod. consumo*, *Foro It.*, 2008, n. 1, p. 17 ss., secondo cui si trattava di una normativa speciale applicabile solo ai casi e ai tempi in essa previsti ai sensi dell'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile.

⁸ Si pensi alla legittimazione ad agire riconosciuta ad associazioni ed enti per la repressione di condotte concorrenziali sleali ex 2601 c.c.; la legittimazione dei sindacati ai sensi dell'art. 28 l. n. 300/70, le azioni delle associazioni dirette al rispetto delle misure di tutela dell'ozono stratosferico e dell'ambiente ai sensi dell'art. 4 l. n. 549/93 etc.

dell'ammissibilità dell'azione⁹, si connotava per essere un «contenitore di una pluralità di azioni individuali»¹⁰ a tutela dei singoli diritti risarcitori dei componenti della classe danneggiata.

Dal punto di vista strutturale l'azione collettiva risarcitoria non mostrava una particolare vicinanza al modello americano della *class action*¹¹. Non si prevedeva, dunque, un unico giudizio in cui fosse attribuito all'attore il compito di rappresentare, direttamente o in modo presunto, i componenti del gruppo. Tuttavia, alcune caratteristiche

⁹ Si veda MENCHINI S., *Il provvedimento finale: oggetto, contenuto, effetti*, An. Giur. Ec., 2008, n. 1, p. 170 ss.

¹⁰ In tal senso si veda GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis cod. cons.*, Riv. Dir. Proc., 2008, n. 5, p. 1229, il quale affermava che «appare quindi inevitabile concludere che essa si qualifichi come strumento di tutela di diritti individuali omogenei, e non di situazioni di vantaggio superindividuali, nonostante l'ambigua evocazione, nei comma 1° e 3°, della tutela di interessi collettivi». Nello stesso senso, BOVE M., *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, Guida al diritto, 2008, n.4, p. 11. In senso contrario, invece, DALFINO D., *Oggetto del processo e del giudicato*, in *Azione collettiva risarcitoria art. 140bis cod. Consumo*, Foro It., 2008, VI, p. 197, il quale affermava: «a ben vedere, con l'azione collettiva risarcitoria viene dedotta in giudizio una situazione sostanziale che non coincide né con i diritti dei consumatori e utenti, né con la mera questione giuridica, bensì con l'interesse collettivo o gli interessi collettivi dei consumatori e utenti per la tutela dei quali l'azione stessa è proposta».

¹¹ Già in dottrina si affermava come fosse «arduo rinvenire altre particolari assonanze con la *class action*», BONA M., in CONSOLO C., BUZZELLI P., BONA M., *Obbiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, p. 59.

tipiche del modello d'oltre oceano danno conto di una diversa forma di attenzione all'istituto della *class action* che non aveva avuto molti sostenitori. Ed infatti, il nuovo strumento processuale riproduceva integralmente il classico modello di tutela del solo interesse ultraindividuale imputato all'ente esponenziale¹². La disciplina dettata, infatti, pur seguendo il modello di matrice romanistica - più compatibile con i principi del nostro ordinamento - presentava aspetti innovativi che ne facevano un istituto ibrido¹³.

Dal punto di vista sistematico, invece, la scelta legislativa non smentiva la logica dei precedenti disegni di legge¹⁴

¹² Il cui esempio più evidente è il “vicino” art. 140 cod. consumo in tema di azioni inibitorie e ripristinatorie.

¹³ Basti pensare alla fase dell'ammissibilità della domanda che richiama l'istituto della *certification* americana. Occorre dire, per altro, che le diverse proposte di legge presentate nel corso della XIV° e XV° legislatura, seguivano i due modelli principali della *class action* americana e dell'azione collettiva risarcitoria sviluppata in Brasile, rappresentativi dei diversi sistemi giuridici, rispettivamente, di *common law* e *civil law*.

¹⁴ In tal senso, si vedano i disegni di legge n.ri 3838/C n. 3839/C e n. 3058/S XIV che prevedevano un intervento additivo della legge della legge 30 luglio 1998, n. 281 (recante Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, legge poi abrogata dall' art. 146 del D.lgs. 6 settembre 2005, n.206 c.d. Codice del Consumo); ovvero ancora i ddl n.ri 1289/C, 1662/C, 1495/C XV parimenti orientati ad introdurre il nuovo istituto all'interno del Codice del Consumo. Per la verità unico progetto di legge che disciplinava con piena autonomia l'istituto e con applicazione generalizzata a tutti i potenziali danneggiati era il disegno di

inserendo il nuovo istituto processuale all'interno del Codice del Consumo, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206. In tal senso l'azione collettiva risarcitoria interveniva a colmare una lacuna degli strumenti di tutela dei consumatori affiancandosi all'azione collettiva inibitoria.

Si introduceva, quindi un nuovo articolo al codice del consumo con cui si stabiliva che: *le associazioni di cui al comma 1 dell'articolo 139 e gli altri soggetti di cui al comma 2 del presente articolo sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'articolo 1342 del codice civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti*

legge n. 1330/C XV.

anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti.

2. La legittimazione esclusiva degli enti esponenziali

La legittimazione ad avviare l'azione collettiva risarcitoria era, dunque, affidata ad enti esponenziali, optando per una scelta conservativa, in linea con la tradizionale forma di tutela degli interessi ultraindividuali dei sistemi di *civil law*¹⁵.

Nei primissimi commenti si era manifestato un certo consenso per la soluzione prescelta. Si riteneva, così, di evitare potenziali abusi e distorsioni cui rischiava di

¹⁵ Occorre rilevare come la dottrina che si è occupata del possibile inserimento di questo modello all'interno del nostro ordinamento, pur rilevando gli evidenti vantaggi in termini di economia processuale e di maggior accesso alla giustizia, non ha fatto mancare diverse critiche quanto alla sua compatibilità con i principi processuali tradizionali del processo civile italiano. Si era rilevato, in particolare che anche in caso di necessari adattamenti legislativi "ordinari" la *class action* presentasse aspetti di così forte incompatibilità costituzionale da richiedere, nel caso di un eventuale inserimento nel sistema processuale italiano, una riforma della Carta Costituzionale (RESCIGNO P., *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, Giur.It. 2000, vol. 152, p. 2228).

condurre la legittimazione estesa a tutti i singoli danneggiati¹⁶.

Tuttavia, si profilava un evidente contrasto con la funzione della tutela collettiva risarcitoria, volta ad ampliare i margini di giustiziabilità di pretese individuali che, così, difficilmente sarebbero state portate innanzi al giudice. Né, per altro, a giustificazione dei timori era possibile richiamare l'esempio degli abusi riscontrati nell'ordinamento americano in relazione alla *class action*, istituto rispetto al quale gli ultimi interventi normativi – si pensi al *Class Action Fair Act of 2005* - non hanno in alcun modo riguardato la legittimazione estesa anche ai singoli, dando prova come il problema dell'abuso della tutela collettiva risarcitoria si annidi più sul terreno dei compensi e delle soluzioni transattive. Quanto poi ai pericolosi effetti annuncio, specie per quelle società quotate in borsa che avrebbero potuto risentirne maggiormente, un utile deterrente ad utilizzi distorti dello strumento processuale

¹⁶ In tal senso MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, op. cit.

sarebbero stati sia giudizio di ammissibilità sia, in particolare, la condanna per responsabilità aggravata per le lite temeraria cui rischiava di essere condannata la parte attrice.

Al contrario l'incognita era quella di subordinare eccessivamente l'esercizio delle azioni alla volontà (e possibilità) di agire da parte delle associazioni. L'interesse dell'associazione, in generale dell'ente esponenziale non può, infatti, consistere nel vantaggio economico diretto dalla proposizione delle cause, quanto nell'accrescimento del suo prestigio, o nell'aumento dell'attitudine raccogliere iscritti. Com'è stato, quindi, rilevato il rischio che si pone in tali casi è che l'associazione non consideri opportuno l'avvio dell'azione collettiva risarcitoria «non tanto perché non meritoria, quanto perché non funzionale del perseguimento [dei propri] obiettivi»¹⁷.

¹⁷ MANENTI M.- PALMIERI A., *Azione risarcitoria collettiva: dove l'Italian style lascia a desiderare*, *Danno e Resp.*, 2008, n. 7, p. 740.

Da questo punto di vista, è stata positivamente valutata¹⁸ l'estensione della legittimazione anche ai comitati¹⁹, cosa che avrebbe consentito di coprire «quei casi in cui la condotta illecita, pur colpendo un certo numero di soggetti, per le sue caratteristiche e per le sue modalità strutturali, riguarda non un gruppo indeterminato di consumatori, ma una classe circoscritta e limitata, seppure sufficientemente numerosa da consentire di qualificare come plurioffensivo il comportamento e, quindi, a rilevanza collettiva i diritti individuali».

Tuttavia il requisito a cui si subordinava la legittimazione ad agire dei comitati suscitava alcune perplessità. Il concetto di adeguata rappresentanza non accompagnato dalla predeterminazione di criteri certi per il relativo accertamento rischiava di pregiudicare l'effettività

¹⁸ Si veda in tal senso RUFFINI G., *Legittimazione ad agire, adesione e di intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, Riv. Dir. Proc. 2008, n. 3, p. 708; in senso sostanzialmente conforme CARRATTA A., *L'azione collettiva risarcitoria restitutoria, presupposti ed effetti*, Riv. Dir. Proc., 2008, n. 3, p. 729 ss.

¹⁹ Il comma 2 dell'art. 140 bis stabiliva, infatti, che *sono legittimati ad agire ai sensi del comma 1 anche associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere*.

dell'estensione della legittimazione ad agire. Mentre nella prima formulazione dell'emendamento approvato dal Parlamento il 15 novembre 2007 si prevedeva una regolamentazione legata a provvedimenti amministrativi generali²⁰, il testo definitivo approvato dal Parlamento lasciava alla giurisprudenza una non lieve discrezionalità nella individuazione delle condizioni concrete che legittimavano i comitati ad agire in giudizio caso per caso. Era stato, allora, proposto di risolvere ogni questione di legittimazione e di adeguata rappresentanza sulla base della quantità delle adesioni raccolte dal comitato, ritenendo in tal senso che «arbitro dovrebbe essere solo il mercato»²¹. La necessità, però, del requisito numerico non trovava molti consensi²². La nozione di adeguata rappresentatività dei

²⁰ Il testo precedente non modificato prevedeva che con decreto il Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico, sentite le competenti Commissioni parlamentari, si individuassero le associazioni di consumatori, di investitori e gli altri soggetti portatori di interessi collettivi legittimati ad agire.

²¹ Si veda BOVE M., *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, cit., p. 11, il quale sosteneva che sarebbe stato irragionevole legittimare un ente che non avesse raccolto alcun consenso nella platea dei danneggiati.

²² Si veda COSTANTINO G., *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis cod. consumo*, cit., p. 17 ss.

comitati è sembrata oscillare tra due ipotesi interpretative. L'espressione utilizzata dal legislatore sembrava, infatti, richiamare, da una parte, l'esperienza statunitense della *adequacy of representation*, il cui accertamento prescindere dalla quantità di consensi raccolti dall'attore, incentrandosi sull'efficacia dell'iniziativa. In particolare, in dottrina era stato individuato il percorso migliore per l'accertamento del requisito della verifica della disponibilità di «risorse economiche organizzative necessarie per assicurare gli aderenti una difesa in giudizio almeno approssimativamente equivalente a quella cui avrebbe diritto la parte munita di un proprio difensore tecnico»²³, con una sorta di traduzione interna dello stesso criterio utilizzato nella *class action* americana con riferimento al *class representative*²⁴,

²³ GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis cod. cons.*, op. cit., p. 1240.

²⁴ La *rule 23* della *Federal Equity of civil procedure* degli stati Uniti, al fine di qualificare correttamente un'azione come *class action*, richiede che il *class representative* sia in grado di rappresentare la classe in maniera leale, tecnicamente ed economicamente adeguata, senza conflitti di interesse e nel miglior modo possibile per tutelare gli interessi dei rappresentati (*fair and adequate representation*)

facendo altresì utilizzo di talune regole elaborate in merito dalla giurisprudenza americana²⁵.

L'alternativa, invece, era legata al dibattito giurisprudenziale sorto attorno alla legittimazione ad agire per la repressione di condotte antisindacali, ex art. 28 l n. 300/70, delle associazioni sindacali territorialmente limitate, rispetto alle quali la Corte Costituzionale aveva chiarito come l'espressione adeguata rappresentanza dovesse essere letta secondo «la concezione che assume la dimensione organizzativa nazionale come indice di adeguato livello di rappresentatività»²⁶. Ne sarebbe, di conseguenza, derivata la forte limitazione della legittimazione ad agire dei comitati, poiché ad agire, in tal modo, sarebbero state solo quelle

²⁵ A tal riguardo, infatti, la giurisprudenza delle Corti statunitensi traduce l'adeguatezza della rappresentanza del *class representative* richiedendo che l'interesse dello stesso debba essere "coestensivo" con quello degli altri membri della classe; occorre ancora l'assenza di contrasto di interessi tra rappresentante e rappresentato; il numero dei rappresentanti tale da assicurare adeguata protezione degli interessi dei rappresentati; potrà essere valutato ogni altro fattore riguardante l'*ability* della parte a rappresentare la classe; in tema si veda TARUFFO M., *I limiti soggettivi del giudicato e le class action*, Riv. Dir. Proc., 1970, p. 621 ss.

²⁶ Corte Costituzionale 17 marzo 1995 n. 89, in Foro It. 1995 I p. 1835, con nota di CERRIA.; e in Foro It. 1996, I, p. 477, con nota di DE ANGELIS.

associazioni o comitati che presentavano una struttura organizzativa di livello nazionale.

In conclusione, quindi, la legittimazione agire delineata dal precedente art. 140 *bis* cod. consumo - oltre alle inflazionate (e certamente condivisibili) critiche sulla mancata estensione della legittimazione attiva al singolo soggetto danneggiato - presentava una indubbia differenza rispetto al modello della *class action* americana. Ed infatti, l'importante ruolo svolto dagli avvocati nello strumento d'oltreoceano risultava decisamente mediato dalle organizzazioni a tutela dei consumatori e comitati appositi, facendo, così, venir meno una parte rilevante del contenzioso concorrenziale per la tutela collettiva dei diritti²⁷.

Quanto, invece, al rapporto che s'instaurava tra attore collettivo e singoli componenti della classe danneggiata, tra i primi commenti si era avanzata la tesi²⁸, che l'associazione

²⁷ In tal senso COMANDÈ G., *Un uso distorto dell'azione collettiva diventa un boomerang per il cittadino*, Responsabilità e Risarcimento, 2008, n. 2, p. 9.

²⁸ Si veda COSTANTINO G., *op.cit.*

(o il comitato) attrice agiva in giudizio facendo valere interessi propri. In particolare, si riteneva che l'associazione non avrebbe dedotto in giudizio un interesse generale né avrebbe fatto valere situazioni subiettive dei singoli danneggiati, agendo quale sostituto processuale, né infine avrebbe agito quale rappresentante dei soggetti interessati.

La soluzione non convinceva, anche tenuto conto, che oggetto dell'azione collettiva risarcitoria era costituito dall'aggregazione dei singoli diritti risarcitori dei soggetti danneggiati, rispetto ai quali, quindi, l'ente esponenziale non avrebbe vantato alcun interesse proprio.

Certamente presentava una nota peculiare la posizione dei soggetti che aderivano all'azione collettiva risarcitoria, e che, in qualche modo, sembravano conferire una sorta di mandato - naturalmente del tutto peculiare - all'associazione attrice²⁹. Tuttavia, autorevole dottrina ha evidenziato come

²⁹ In tal senso MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, cit. secondo cui l'associazione che agiva in giudizio in altro non si tradurrebbe se non in un rappresentante processuale degli aderenti, caratterizzandosi l'adesione in un mandato quale fonte della rappresentanza. Nettamente contrario a questa ipotesi BRIGUGLIO A., *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, www.judicium.it, il quale affermava: «Il fatto è però che nulla nelle disposizioni dell'art. 140 bis che si riferiscono alla “adesione” autorizza a

nel caso di specie si presentavano elementi (sia pure per certi versi del tutto peculiari) della sostituzione processuale volontaria³⁰, né si sarebbero manifestati tratti della rappresentanza volontaria. In altri termini: «i crediti degli aderenti sono litispendenti [...] eppure non corrispondono ad altrettante domande giudiziali: è pur sempre un esercizio, senza domanda giudiziale del titolare (e si avvale di quella « aperta » dell'attore collettivo), del diritto costituzionale di azione»³¹.

Mentre l'ente attore sarebbe parte in senso formale del processo, gli aderenti sarebbero parti sostanziali dello stesso (in quanto oggetto dell'accertamento sarebbero i loro diritti) e «per questa ragione, negli atti processuali devono essere individuati in modo specifico i nomi e gli estremi

supporre che questa costituisca, oltre che semplice manifestazione della volontà di accettare gli effetti della sentenza sull'azione collettiva, conferimento di poteri rappresentativi in senso tecnico».

³⁰ In tal senso anche BRIGUGLIO A., ult. op. cit., secondo cui «Si avrà anzi ed eccezionalmente, in tal caso, una sostituzione processuale senza litisconsorzio necessario nei confronti dei sostituiti; i consumatori non divengono parti formali necessarie a seguito della adesione né acquistano la possibilità di incidere difensivamente sul risultato del processo “collettivo”».

³¹ CONSOLO C., *L'art. 140 bis: nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualcivilisticamente, un poco «Opera aperta »*, Foro It., 2008, n. 6, V, p. 207.

identificativi di coloro che partecipano al giudizio collettivo»³².

3. Il concetto di impresa: la legittimazione passiva

Quanto ai legittimati passivi, l'art. 140 *bis*, nella sua vecchia formulazione faceva espresso riferimento alla sola figura dell'imprenditore. Ciò aveva fatto sorgere in dottrina alcuni dubbi sulla possibile estensione del concetto anche alla figura del professionista³³. D'altra parte, l'inserimento della disciplina all'interno del Codice del Consumo e la tutela estesa agli interessi collettivi dei consumatori e utenti, portava a ritenere verosimile che soggetti passivi dell'azione collettiva risarcitoria sarebbero stati oltre agli imprenditori, anche i professionisti e i produttori, o, in altri termini, come da esplicita menzione dell'art. 3, lett. c) e d), del cod. consumo rispettivamente: *le persone fisiche o giuridiche che agiscono nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, ovvero un suo*

³² MENCHINI S., ult. op. cit.

³³ In tal senso si veda CAPONI R., *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, Foro I., 2008, V, p. 283.

intermediario; i fabbricanti dei beni o i fornitori del servizio, o un suo intermediario, nonché gli importatori di beni o di servizi nel territorio dell'Unione europea o qualsiasi altra persona fisica o giuridica che presenta come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo. Conferma in questo senso si rinveniva già nei primi commenti del istituto, ove si suggeriva che l'espressione imprenditore in realtà avrebbe indicato in modo ellittico la figura del professionista³⁴. Tuttavia, non è mancato in dottrina chi, proprio in riferimento alla mancata menzione del professionista tre legittimati passivi dell'azione collettiva risarcitoria, e, tenuto conto dell'imprenditore nella comune accezione accolta dal diritto civile commerciale assume la qualifica di una specie di professionista, ha sostenuto che: «la mutazione terminologica si presta suffragare l'esclusione delle condotte imputabili a determinati soggetti [...] Come

³⁴ CAPONI R., *Litisconsorzio « aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2008, p. 826.

può accadere nelle ipotesi in cui le condotte sono addebitabile ad esercenti professioni liberali»³⁵.

Altro problema era costituito dalla possibilità di considerare legittimati passivi soggetti, pubblici³⁶ o privati, non riconducibili alla nozione di cui all'art. 3 del cod. consumo, quando tuttavia il loro illecito, commissivo od omissivo, avesse comportato una lesione ai diritti di consumatori ed utenti tutelati dal codice del consumo³⁷. Si è ritenuto che, in tali casi, il mancato richiamo esplicito a tali soggetti e, più in generale, la mancata previsione, a differenza dell'azione collettiva inibitoria, ex art. 140 cod. consumo, dei soggetti legittimati passivi, si sarebbe tradotta nell'assenza di alcuna limitazione verso l'estensione della disciplina anche ad essi e che il richiamo, più volte fatto, agli imprenditori non

³⁵ PALMIERI A., *Campo di applicazione, legittimazione ad agire e vaglio di ammissibilità*, in *Azione collettiva risarcitoria (art. 140 bis cod. Consumo)*, Foro It., 2008, V, p. 187.

³⁶ Sul punto risolutivo era il ddl n. 1330/ XV, che si riferiva a qualsiasi illecito plurioffensivo commesso da soggetto pubblico o privato.

³⁷ Si pensi al caso di un illecito commesso da un'autorità amministrativa indipendente per omesso o difettoso controllo sull'attività di terzo imprenditore, ovvero si pensi alla responsabilità aquiliana della Consob per omissione di vigilanza etc.

sarebbe risultato risolutivo e ostativo, potendo tali espressioni essere interpretate elasticamente³⁸.

4. Situazione giuridica tutelata ed ambito di applicazione.

Nonostante i continui richiami alla nozione di interesse collettivo in dottrina - con una interpretazione uniforme³⁹ - è stato rilevato che oggetto dell'azione collettiva risarcitoria fosse non solo (e non tanto) l'interesse collettivo dei consumatori - tipica situazione giuridica tutelata nelle azioni collettive - quanto, invece, i diritti individuali dei soggetti danneggiati⁴⁰. A tal riguardo si è affermato come

«l'iniziativa dell'attore formale è diretta a catalizzare e

³⁸ Vedi BRIGUGLIO A., *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, op.cit., il quale ritiene inoltre possibile che, all'interno del processo risarcitorio collettivo, il convenuto possa chiamare in causa - in garanzia o quale corresponsabile o vero responsabile - altro professionista.

³⁹ Vedi MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, op. cit; nello stesso senso anche AMADEI D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, Giur. Mer., p. 940 ss, seppur con una giustificazione del rapporto tra danneggiati e attore che s'inquadrava nell'istituto della sostituzione processuale.

⁴⁰ Come è stato rilevato dalla dottrina: «la nozione di tutela collettiva designa due ipotesi tra di loro tendenzialmente diverse: a) la tutela di un interesse effettivamente «superindividuale»; b) la tutela di interessi in realtà individuali, che rinvergono il loro carattere collettivo nel fatto di ritrovarsi con analoga consistenza in capo a più soggetti (interessi individuali «omogenei» o «isomorfi»)», in tal senso CAPONI R., *Azioni collettive: interessi protetti modelli processuali di tutela*, Riv. Dir. Proc., 2008, p. 1211.

gestire cumulativamente singole pretese di soggetti lesi. Esso fa valere in giudizio fin dall'inizio unicamente i singoli diritti al risarcimento e alla restituzione di somme di cui si affermano titolari i consumatori e gli utenti aderenti alla sua iniziativa»⁴¹.

Questa tesi, sembrava confermata dall'effetto interruttivo della prescrizione che produceva il singolo atto di adesione del danneggiato⁴², successivo all'esperimento dell'azione collettiva: l'aver previsto tale meccanismo sembrava, almeno in apparenza, rispondere a quelle perplessità – sorte con riferimento ad uno dei precedenti testi all'esame del parlamento- in ordine alla *ratio* di un effetto della prescrizione per i singoli⁴³, non essendo l'azione costruita in modo tale da dedurre in giudizio i diritti individuali.

Non è mancata, tuttavia, anche chi ha sostenuto la tesi, che l'oggetto del processo fosse limitato all'accertamento di un

⁴¹ CAPONI R., *Liticonsorzio « aggregato»*. *L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, op. cit., p. 822.

⁴² Il comma 2 stabiliva, infatti, che *l'esercizio dell'azione collettiva di cui al comma 1 o, se successiva, l'adesione all'azione collettiva, produce gli effetti interruttivi della prescrizione ai sensi dell'articolo 2945 del codice civile*.

⁴³ Si veda BOVE M., *Class action: professionisti e consumatori meritano una legislazione più equilibrata*, op. cit., p. 12.

illecito⁴⁴; sarebbe stata, quindi, esclusa la possibilità di emettere una sentenza di condanna a favore dei singoli soggetti danneggiati, consentendo, l'art. 140 *bis* cod. consumo, unicamente una pronuncia relativa all'accertamento delle questioni accomunanti le diverse pretese risarcitorie.

Quanto all'ambito di applicazione oggettivo, il primo rilievo che poteva farsi al nuovo strumento processuale era diretta conseguenza dell'ambito di estensione soggettiva dell'istituto: aver previsto una disciplina che si inseriva all'interno del Codice del Consumo, unitamente all'esclusiva tutela dei diritti dei consumatori, comportava certamente un limite alla sua estensione generalizzata, precludendone l'applicazione a tutti i casi in cui fossero stati lesi diritti di soggetti che non rivestivano la qualifica di consumatore⁴⁵. Per la verità, tale limitazione contrastava con

⁴⁴ BOVE M., *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, cit., p. 12.

⁴⁵ Nello stesso senso anche MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, op. cit., che fa riferimento a titolo di esempio ai casi di disastri ambientali o ai danni alla salute ove si accerti provengano da determinate emissioni inquinanti.

la logica perseguita dal legislatore che aveva esteso la tutela anche agli illeciti extracontrattuali⁴⁶.

Altrettanto illogica risultava, poi, l'esclusivo riferimento agli illeciti derivanti da contratti conclusi mediante moduli o formulari⁴⁷ e clausole vessatorie ivi contenute, senza alcun richiamo alla disciplina delle condizioni generali di contratto, di cui all'art. 1341 c.c. La circostanza aveva

⁴⁶ Sul punto però AMADEI D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, op. cit., riteneva si potessero ricomprendere gli illeciti extracontrattuali all'interno della categoria tutelata, anche se per definizione un illecito extracontrattuale non richiede a differenza della qualità di consumatore un preventivo contatto, ma coinvolge soggetti che non sono legati in alcun modo al danneggiante. Tale inclusione è possibile superando il dato testuale e considerando che la definizione di consumatore data dal cod. consumo all'art. 3, lettera a), è così ampia da ricomprendere anche ipotesi di lesioni aquiliane, ed infatti «il soggetto che agisce è anche colui che pretende un risarcimento del danno subito per un comportamento altrui al di fuori della propria attività, appunto, di impresa, di commercio, artigianale o professionale. Peraltro, la proposta interpretativa estensiva che si avanza nel testo è idonea ad includere, tra i soggetti appartenenti ad una classe, anche imprenditori o professionisti che occasionalmente siano stati lesi da un comportamento illecito plurioffensivo che, sia pure nell'ambito dell'impresa o della professione, abbia colpito anche loro, oltre che una pluralità di soggetti qualificabili come consumatori o utenti (si pensi ad es. ad un prodotto difettoso, acquistato da un professionista per la propria attività, che gli abbia recato un danno a causa del difetto, così come a tanti altri acquirenti che abbiano però agito per scopi personali)».

⁴⁷ Il comma 1 dell'art. 140 *bis* stabiliva, infatti, che l'azione collettiva risarcitoria aveva ad oggetto *l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'articolo 1342 del codice civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali.*

costituito un vero e proprio punto critico della disciplina rendendo la stessa incomprensibile ed irragionevole già ai primi interpreti⁴⁸, tanto da suggerirne un'interpretazione estensiva con riferimento all'art. 1342 c.c. tale da ricomprendere la più ampia categoria dei contratti standard di cui all'art. 1341 c.c., e ciò in quanto: «la scelta legislativa di limitare l'applicazione dell'art. 140 *bis* al solo sottoinsieme di cui all'art. 1342 c.c., quand'anche non la si riconduca a un errore materiale di redazione, appare talmente al di fuori del parametro della ragionevolezza nell'esercizio della discrezionalità legislativa da imporre una lettura costituzionalmente orientata nel senso predetto»⁴⁹.

Nessun riferimento, inoltre, era fatto dal legislatore ai contratti di investimento. Si tratta certamente di un esito paradossale in ragione del fatto che lo strumento di tutela collettiva risarcitoria veniva ideato per dare una risposta ai grandi scandali finanziari che avevano coinvolto i

⁴⁸ In tal senso CAPONI R., *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, op. cit., p. 282; CARRATTA A., *L'azione collettiva risarcitoria restitutoria, presupposti ed effetti*, op. cit., p. 727.

⁴⁹ GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis cod. cons.*, op. cit., p. 1230.

risparmiatori italiani e proprio sull'onda emotiva che ne derivò. Sia gli illeciti extracontrattuali, così come i contratti conclusi mediante l'utilizzo di moduli o formulari, non erano in grado di fornire tutela alla specifica disciplina della tutela degli investitori e dei contratti stipulati con gli intermediari finanziari.

Una possibile soluzione, allora, volta ad evitare la frustrazione di una delle finalità primarie dell'azione collettiva risarcitoria, poteva rintracciarsi nell'inquadramento di tali illeciti plurioffensivi - con uno sforzo di elasticità interpretativa - all'interno della categoria di illeciti derivanti da pratiche commerciali scorrette, pur sapendo che, in senso stretto, il riferimento di tale categoria rimaneva quello della concorrenza tra imprese nel mercato⁵⁰.

La categoria degli illeciti concorrenziali a sua volta, richiamava più precisamente fattispecie quali gli accordi di cartello, ovvero lo sfruttamento abusivo della posizione

⁵⁰ Vedi AMADEI D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, op. cit.

dominante detenuta sul mercato, fattispecie caratterizzanti la disciplina antitrust. Si trattava di una estensione prevista per porre il nostro ordinamento in linea con le finalità indicate nel Libro Bianco⁵¹ delle azioni di risarcimento del danno per violazione di norme antitrust comunitarie, le quali prevedevano la necessità di introdurre azioni che consentissero l'aggregazione delle singole istanze risarcitorie⁵².

5. Le forme di partecipazione all'azione collettiva risarcitoria. Le adesioni.

L'aspetto forse più innovativo che caratterizzava il vecchio istituto dell'azione collettiva risarcitoria rispetto a quasi tutte le proposte di legge esaminate dal Parlamento ⁵³ era costituito dall'inserimento - per la prima volta nel nostro ordinamento - di un istituto riconducibile alla tradizione

⁵¹ Pubblicato il 2 aprile 2008 [COM (2008) 165 def.] che illustrava una serie di proposte volte a promuovere l'efficacia delle azioni di risarcimento in materia antitrust

⁵² Sul punto si veda PALMIERI A., *Campo di applicazione, legittimazione ad agire e vaglio di ammissibilità*, op. cit., p. 188.

⁵³ Ad eccezione del ddl dell'On.Fabris n. 1330/XV/C.

anglosassone di *opt-in*, o diritto di ingresso nella classe. L'art. 140 *bis* cod. consumo, stabiliva al comma 2: *i consumatori o utenti che intendono avvalersi della tutela prevista dal presente articolo devono comunicare per iscritto al proponente la propria adesione all'azione collettiva*. Si trattava di una soluzione in grado di risolvere uno dei problemi legati all'introduzione di una disciplina di tutela collettiva risarcitoria nel nostro ordinamento: l'estensione degli effetti del giudicato.

Anche in tal caso la scelta del legislatore italiano si è posta in linea con un modello più tradizionale⁵⁴, lontano dalla *class action* americana, che prevede, invece, l'attribuzione della rappresentanza dei singoli danneggiati al *class representative*, comprendendo tutti i singoli crediti della

⁵⁴ Rispetto a tale meccanismo adesivo già FAVA P., *Class action all'italiana "paese che vai usanza che trovi" (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge 3838 e 3839)*, Corriere Giur., 2004, p. 414, notava come «il meccanismo dell'*opt-in* (classi deboli), postulando un'azione positiva da parte del membro della classe[...] potrebbe risultare più rispettoso dei tradizionali principi del nostro processo civile e consentirebbe di conoscere le dimensioni e l'identità della classe. Tuttavia, non incentivando la formazione di classi corpose, non sfruttando a pieno le potenzialità aggregative offerte dalle *class actions* (è un modello a metà strada tra il *litigation group* e le *opt-in class actions*) e risolvendosi in uno strumento di intervento evoluto, potrebbe condurre all'attivazione di molteplici processi separati».

classe, salvo esercizio dell'*opt-out* da parte dei singoli danneggiati. Il testo inizialmente approvato dal Parlamento (Disegno di legge Manzione – Bordon approvato dal Senato della Repubblica il 15 novembre 2007), presentava invece una scelta piuttosto radicale per il nostro ordinamento, abbandonata poi in sede di modifica⁵⁵.

Tale meccanismo, tuttavia, ha suscitato in dottrina non pochi disagi al fine di inquadrare correttamente l'istituto con l'utilizzo degli istituti classici della sostituzione dell'attività giuridica, tanto da far ritenere che si era di fronte ad un meccanismo di «ardua qualificazione giuridica» e che dà vita ad una esperienza che rischia di dar luogo «a gravi e quasi inverosimili complicazioni pratiche»⁵⁶. In generale la *ratio* del meccanismo è certamente chiara: l'estensione dell'effetti della sentenza a soggetti terzi rispetto alle parti processuali e formali impone uno strumento volto a

⁵⁵ Ed infatti, nessun atto di adesione era previsto nel precedente testo (Manzione – Bordon) ai fini dell'estensione della efficacia della sentenza, attribuendo, seppur implicitamente, all'associazione attrice la rappresentanza automatica di tutti i soggetti danneggiati.

⁵⁶ CONSOLO C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, Corriere Giur., 2008, n. 1, p. 8.

consentire una seppur minima forma di partecipazione processuale per i destinatari di tali effetti, a garanzia del diritto di difesa costituzionalmente garantito.

A prima vista aver previsto un apposito diritto di ingresso nella classe poteva far pensare all'atto di adesione come ad una delega conferita all'associazione al fine di gestire la controversia. L'atto di adesione integrava, quindi, una sorta di deroga volontaria al proprio diritto a realizzare un contraddittorio effettivo e personale, garantendo il rispetto del diritto di difesa fissato all'art 24 cost. D'altra parte, la soluzione sembrava migliorare il meccanismo del giudicato *secundum eventum litis*, ponendo le basi per evitare che gli aderenti - fossero o meno risultati soccombenti all'azione collettiva esperita -potessero presentare una nuova e identica azione risarcitoria sia come gruppo che come singoli, in tal modo evitando il pericolo che il convenuto potesse subire innumerevoli procedimenti giudiziari. Sono stati molti i commenti in dottrina sulla qualificazione dell'atto di adesione. In taluni casi si è ritenuto che

l'adesione fosse «anche accettazione di un'offerta al pubblico, ad un pubblico però limitato, cioè quello dei congrui potenziali aderenti alla a precisazione classe di citazione in esse descritti, e così ex art. 1336, 1° comma, proposta di perfezionare un contratto privatistico atipico (per ora), non lontano però dal mandato, ad effetti (anche) processuali ma solo indiretti»⁵⁷. Altra parte della dottrina ha sostenuto che le adesioni non presentavano alcuna incidenza sulla definizione dell'oggetto del processo. In altre parole, nonostante l'assenza di adesioni il processo collettivo avrebbe proseguito, non presentando le stesse la natura di condizioni di procedibilità dell'azione⁵⁸. Per altra parte della dottrina, ancora, non poteva configurarsi né un'accettazione per fatti concludenti di una proposta di mandato né la possibilità di configurare la proposizione dell'azione collettiva risarcitoria quale offerta al pubblico⁵⁹.

⁵⁷ In tal senso CONSOLO C., *L'art. 140 bis: nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualcivilisticamente, un poco «Opera aperta»*, op. cit., p. 208.

⁵⁸ Si veda BOVE M., *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, op. cit., p. 12.

⁵⁹ GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis cod. cons.*, op. cit., p. 1233.

In realtà, l'atto di adesione si presentava nel nostro ordinamento come un istituto del tutto atipico e dissimile strutturalmente dalla proposizione di una domanda giudiziale, con cui il singolo consumatore conferiva all'ente associativo la legittimazione «non già ad agire, ma a dedurre “ additivamente” in giudizio il proprio credito risarcitorio quale componente del *petitum* sostanziale finale»⁶⁰. In tal senso istituto poteva considerarsi come un negozio *sui generis*, diretto a far sì che la sentenza collettiva tenesse conto del credito risarcitorio dell'aderente⁶¹.

Quanto al termine entro il quale poter proporre l'atto di adesione il legislatore stabiliva che *l'adesione può essere comunicata, anche nel giudizio di appello, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni*, scelta che ha suscitato critiche.

L'adesione, infatti, avrebbe determinato un ampliamento oggettivo del giudizio. Tuttavia, le pretese isomorfe, oltre a

⁶⁰ CONSOLO C., in CONSOLO C., BUZZELLI P., BONA M., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 186.

⁶¹ Vedi CONSOLO C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello “opt-in” anziché quella danese dello “opt-out” e il filtro (“L'inutil precauzione”)*, op. cit., p. 6.

prevedere la risoluzione di questioni comuni, richiedono spesso la risoluzione di profili individuali, quali in particolare i criteri di quantificazione delle somme dovute, e soprattutto la responsabilità del convenuto e l'illiceità della condotta (*l'an* del diritto), che, ai sensi del comma 4 dell'art. 140 *bis* cod. consumo⁶², sarebbero stati decisi dal giudice nella fase collettiva, con conseguente rallentamento dell'attività decisionale di primo grado. Per tale ragione, era stato proposto in dottrina un correttivo che tendesse ad ammettere l'adesione dei singoli interessati non oltre la chiusura della fase preparatoria del giudizio di classe, stabilendo che il giudice, con l'ordinanza che dichiara ammissibile la domanda, concedesse un termine perentorio per la definitiva formulazione delle adesioni⁶³. Prevedere, inoltre, un termine così ampio per la presentazione delle adesioni avrebbe comportato un ulteriore problema sulla

⁶² Come recitava il comma 4 dell'art. 140 *bis* cod. consumo: *se possibile allo stato degli atti, il giudice determina la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente.*

⁶³ CONSOLO C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, op. cit., p. 8.

gestione di un *petitum* che rischiava di strutturarsi a “fisarmonica” o a “latitudine oggettiva variabile”⁶⁴, tenuto conto che una volta ammesse le adesioni non si comprendeva perché l’aderente non avrebbe potuto successivamente mutare avviso e optare per la opposta scelta di revocare l’adesione⁶⁵.

Non era chiaro, poi, se l’ente attore avrebbe dovuto raccogliere prima o nel corso del processo le adesioni, anche se in dottrina⁶⁶ si era formulata l’ipotesi secondo cui, la raccolta delle adesioni, sarebbe stata necessaria per la determinazione dell’ammissibilità dell’azione collettiva. La soluzione, tuttavia, non convinceva in assenza di espresso richiamo nel comma 3 dell’art. 140 *bis*, né sembrava

⁶⁴ CONSOLO C., *id.*, p. 8.

⁶⁵ Nettamente contrario alla ipotesi di revoca dell’adesione era BRIGUGLIO A., *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, *op. cit.*, il quale sottolineava come «in nome del buon senso e di principi generali del diritto dei contratti vevoli *ex* art. 1324 anche per quest’atto unilaterale, l’adesione dovrebbe ritenersi irrevocabile una volta pervenuta nella sfera del destinatario»; dello stesso avviso AMADEI D., *L’azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, *op. cit.*, il quale considerava necessario, in tal caso, ritenere applicabile analogicamente l’art. 306 c.p.c. e, per gli effetti che l’adesione faceva produrre alla sentenza, subordinare una eventuale revoca al consenso del convenuto.

⁶⁶ Si veda MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, *op. cit.*

ricavabile da un'interpretazione estensiva dell'espressione *esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela*.

Infine, anche in relazione agli scopi e alla funzione connessa all'adesione sembra criticabile la scelta, nonché insufficiente⁶⁷, di ritenere a tali fini necessario solo una dichiarazione stragiudiziale diretta al solo proponente⁶⁸. La previsione appariva illogica in relazione alla previsione degli effetti che si sarebbero prodotti dall'atto di adesione e che inevitabilmente avrebbero coinvolto non solo il convenuto⁶⁹, ma anche il giudice⁷⁰. Appariva allora più corretto ritenere, quindi, che per la produzione degli effetti connessi, «ragioni logico-sistematiche imprescindibili,

⁶⁷ In questo senso COSTANTINO G., *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis cod. consumo*, op.cit., p. 17 ss.

⁶⁸ Ed inoltre accanto a questo si evidenziavano ulteriori profili potenzialmente problematici non affrontati dal legislatore, tra cui la prova dell'avvenuto invio o della ricezione della comunicazione; soprattutto, la data certa di quest'ultima, visto la previsione di un termine massimo oltre il quale non era più possibile aderire. Il rischio dunque era quello di possibili scorrettezze ed abusi, si veda sul punto AMADEI D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, op. cit.

⁶⁹ Si pensi all'estensione degli effetti del giudicato o d'interruzione della prescrizione.

⁷⁰ Basti pensare alla determinazione della provvisoria contenuta nel comma 4 del precedente art. 140 bis.

presuppongano un'esternazione ulteriore della adesione rispetto alla sua semplice comunicazione al proponente»⁷¹.

6. **Segue. L'intervento.**

Accanto al meccanismo adesivo, il legislatore aveva previsto l'intervento dei singoli consumatori e utenti⁷² *per proporre domande aventi il medesimo oggetto*⁷³. Quanto all'inquadramento della forma d'intervento era stato

⁷¹ BRIGUGLIO A., *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, op. cit. Si era, in tal senso, ritenuto preferibile ricostruire la normativa nel senso che gli aderenti avrebbero dovuto manifestare la volontà con atto notificato per iscritto all'attore collettivo e, ai fini dell'interruzione la prescrizione, al convenuto (anche contumace), depositando poi lo stesso in cancelleria, si veda RUFFINI G., *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, op.cit., p. 715.

⁷² È stato peraltro proposto in dottrina una interpretazione estensiva della norma che consentiva l'intervento litisconsortile non solo ai singoli consumatori ma anche ad altre associazioni o comitati legittimati ai sensi dei primi due comma dell'art. 140 bis codice del consumo, in tal senso RUFFINI G., ult. op. cit., p. 715.

⁷³ L'utilizzo della formula per cui era sempre ammesso l'intervento nel giudizio collettivo, meritava la precisazione che tale intervento avrebbe dovuto seguire le regole previste per ciascun rito, vedi MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, op. cit.; secondo CONSOLO C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, op. cit., p. 7, l'intervento avrebbe dovuto realizzarsi ed essere accertato, non tanto nella fase di controllo dell'ammissibilità dell'azione collettiva, quanto 20 giorni prima della prima udienza costituendosi, come per il convenuto, tramite comparsa di risposta, per evitare decadenze ritenute spesso scaturenti dall'art 268 c.p.c..

sostenuto che questo sembrava avvicinarsi a quello autonomo litisconsortile, ex comma 1, art. 105 c.p.c.⁷⁴. L'interveniente, infatti, avrebbe aderito alla posizione di una parte - in questo caso l'associazione - e la sua posizione sarebbe stata legata, con riferimento al titolo dedotto in giudizio, rispetto a quella degli altri danneggiati, aderenti o intervenienti. Tale intervento, quindi, non avrebbe potuto qualificarsi quale intervento adesivo dipendente, ex art. 105 comma 2 c.p.c., «poiché il consumatore non è titolare di una situazione sostanziale dipendente e diversa da quella oggetto del processo»⁷⁵.

Da tale forma d'intervento sarebbe derivata, rispetto all'aderente, non solo la possibilità di concretizzare un apporto *ad adiuvandum*, per arricchire di allegazioni ed istanze istruttorie la difesa dell'associazione, ma anche la possibilità di impugnare la sentenza che non avesse

⁷⁴ Vedi CONSOLO C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, op. cit., p. 6 il quale affermava come la formula prevista dal legislatore sembrava riprodurre lo schema dell'art. 105 c.p.c. quale intervento litisconsortile con qualche venatura dell'intervento adesivo dipendente.

⁷⁵ AMADEI D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, op. cit.

riconosciuto la responsabilità del convenuto, oltre alla possibilità di ottenere immediatamente, con un capo della sentenza diversa, la liquidazione individuale del danno, utilizzabile quale titolo esecutivo.

La soluzione riferita all'intervento dei singoli suscitava alcuna perplessità alla luce del fatto che il procedimento collettivo risarcitorio avrebbe dovuto essere il più snello possibile⁷⁶. Permettendo non solo interventi *ad adiuvandum* rispetto all'attore collettivo, ma anche con la proposizione di proprie domande con il medesimo oggetto, si rischiava di avere un numero indeterminato di azioni cumulate alla prima, in via d'intervento litisconsortile autonomo, che avrebbero ingolfato la procedura⁷⁷. Tuttavia, la soluzione rispondeva ad un'esigenza che poteva condividersi.

⁷⁶ Soluzione criticata anche per la mancata deroga alla disciplina dei limiti per l'intervento di cui agli art. 268, 419 c.p.c. e art. 14 d.lgs. n. 5/2003, si veda sul punto COSTANTINO G., *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis cod. consumo*, op.cit., p. 17 ss.

⁷⁷ Nello stesso senso, MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, op. cit. per il quale «a seguito dell'intervento litisconsortile autonomo, si realizza un cumulo di cause connesse (quella collettiva, che aggrega le pretese di tutti gli aderenti, e quelle individuali, introdotte dai singoli con gli atti d'intervento), il cui svolgimento può rivelarsi tanto più macchinoso quanto più sono le parti individuali che hanno affiancato quella collettiva»; e ancora AMADEI D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, op. cit.

Mancavano, infatti, strumenti di controllo nei confronti dell'attore collettivo, il che attribuiva alla possibilità di intervenire in giudizio una maggiore utilità di limitare rischi di abuso della guida dell'azione. Se, da una parte, il legislatore aveva escluso la legittimazione ad agire dei singoli consumatori aveva, dall'altro, consentito a ciascun membro della classe di affiancare l'attore collettivo con una partecipazione attiva al processo - come rilevato in dottrina- «costituzionalmente doverosa»⁷⁸. L'interveniente avrebbe avuto, così, gli stessi poteri dell'attore collettivo, con la possibilità di gestione diretta della lite, anche in caso di disinteresse di quest'ultimo, consentendo altresì la possibilità di impugnare la sentenza. In altre parole, come è stato: «siamo di fronte all'intervento di un soggetto che, pur non avendo la possibilità di avviare la macchina del processo, è poi abilitato a guidarla »⁷⁹.

⁷⁸ GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis cod. cons.*, op. cit., p. 1237.

⁷⁹ RUFFINI G., *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, op. cit., p. 717.

7. Il filtro dell'azione collettiva risarcitoria: il procedimento di ammissione della domanda.

Con l'obiettivo di prevenire il rischio che la tutela collettiva risarcitoria avrebbe potuto danneggiare le imprese, ed essere utilizzata da parte di speculatori nel tentativo di influenzare gli andamenti di borsa, il legislatore ha introdotto un'apposita fase, all'interno della quale si decideva dell'ammissibilità dell'azione collettiva risarcitoria proposta. Il comma 3, dell'art. 140 *bis* cod. consumo, disponeva: *alla prima udienza il tribunale, sentite le parti, e assunte quando occorre sommarie informazioni, pronuncia sull'ammissibilità della domanda, con ordinanza reclamabile davanti alla corte di appello, che pronuncia in camera di consiglio*⁸⁰.

Si trattava di un procedimento strutturato su due gradi, il primo a cognizione sommaria, di fronte al tribunale adito

⁸⁰ Il terzo comma si chiudeva prevedendo una forma di pubblicità nel caso di ammissione dell'azione collettiva, rimettendone al proponente l'onere. Questa scelta appariva criticabile in relazione alla mancanza di una disciplina che si preoccupasse - anche attraverso la costituzione di appositi fondi - di attutire il peso economico riversato sui soggetti legittimati, in modo tale di evitare il rischio che lo strumento diventasse poco appetibile.

per il merito, ed il secondo, naturalmente eventuale, con le forme camerale, dinanzi alla Corte d'appello⁸¹.

Attraverso l'inserimento di una fase riprodotte la *certification* americana, si era voluto introdurre un apposito stadio preliminare⁸², un sub-procedimento prima sconosciuto nel nostro ordinamento che, dunque, come una sorta di udienza preliminare⁸³, si distingueva nel rito ordinario dalla udienza di prima comparizione⁸⁴. La caratteristica di questa fase processuale consisteva nella verifica di una serie di requisiti aventi come precipua finalità il depotenziamento di azioni giudiziarie abusive⁸⁵.

⁸¹ Fase quest'ultima regolata dagli articoli 739 e 741 c.p.c., vedi MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, op. cit.

⁸² Si veda MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, op. cit.

⁸³ CONSOLO C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, op. cit., p. 7.

⁸⁴ Una conferma in tal senso si ha da quanto affermato in dottrina da CONSOLO C., in CONSOLO C., BUZZELLI P., BONA M., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit. p. 149, il quale, facendo riferimento al giudizio di ammissibilità affermava come «l'udienza cui si riferisce il comma tre sia non già la normale udienza dell'art. 183 ma una sorta di udienza preliminare di accesso alla successiva trattazione del merito». In senso contrario, ritenendo la prima udienza indicata nel comma 3 quella prevista all'art. 183 c.p.c., AMADEI D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, op. cit.

⁸⁵ In tal senso PALMIERI A., *Campo di applicazione, legittimazione ad agire e vaglio di ammissibilità*, op. cit., p. 190; DE SANTIS F., *La pronuncia sull'ammissibilità della «class action»: una «certification» all'italiana?*, An. Giur. Econ., 2008, n. 1, p. 145.

Non vi è dubbio che, in tal senso, la novità risultava essere apprezzabile, e ciò non solo per le imprese convenute, cui certo con maggior immediatezza lo strumento consentiva una misura di tutela, ma soprattutto con riferimento ai componenti della classe danneggiata. Non è raro, infatti, che l'uso distorsivo degli strumenti di tutela collettiva risarcitoria possa condurre all'avvio di giudizi da parte di soggetti non in grado di tutelare adeguatamente gli interessi dei soggetti danneggiati. La necessità di un controllo della domanda proposta, quindi, era avvertita anche a tutela dei consumatori, tenuto anche conto che, nello strumento processuale elaborato dal legislatore italiano, nessun meccanismo di controllo esterno era stato ideato al fine di limitare la gestione unilaterale dell'intera fase processuale attribuita al soggetto collettivo. I consumatori, quindi, si sarebbero trovati costretti a subire potenziali effetti preclusivi derivanti dalla condotta processuale di un soggetto il cui operato non era soggetto ad alcuna forma di controllo. Ed allora, il giudizio di ammissibilità era uno

strumento di garanzia anche nei confronti dei consumatori, al fine di consentire agli stessi il mantenimento di spazi di adeguata tutela collettiva.

Il tribunale⁸⁶ pronunciava sull'ammissibilità della domanda con ordinanza contro cui era possibile proporre reclamo alla Corte d'Appello.

A tal riguardo in dottrina, si era posto il problema di comprendere se fosse possibile avverso l'ordinanza emanata, ricorrere in Cassazione, ai sensi dell'art 111 comma 7 Cost, problema che si poneva con maggiore forza nell'ipotesi di rigetto per manifesta infondatezza. Si era, infatti, attribuita all'ordinanza di inammissibilità una natura sostanziale di sentenza⁸⁷. Tuttavia, vista la peculiare natura del

⁸⁶ Che giudicava in composizione collegiale come si trae dall'importanza economico sociale della tipologia di azione esperita, anche se proprio il riferimento a tale provvedimento, come è stato ritenuto in dottrina (in tal senso CONSOLO C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, op. cit., p. 7.) avrebbe dovuto indurre il legislatore ad una specifica previsione. Tale soluzione, tuttavia, sembrava potersi trarre dalla modifica, disposta dal comma 448, art. 2 l. finanziaria, dell'art. 50-bis, con l'inserimento del comma 7-bis, diretto ad estendere la competenza del tribunale in composizione collegiale, anche alle controversie su azioni collettive risarcitorie.

⁸⁷Si veda CONSOLO C., ult. op. cit. p. 7). In tal senso anche COSTANTINO G., *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis cod. consumo*, op. cit., p. 17 ss. che sottolineava, però come l'ordinanza

procedimento di ammissibilità poteva verosimilmente ritenersi che l'ordinanza d'inammissibilità non producesse alcuna preclusione alla riproposizione dell'azione, magari fondata su un miglior apparato argomentativo. L'ordinanza, quindi, non presentava i caratteri della definitività e della stabilità del giudicato, non potendo produrre un'efficacia preclusiva del dedotto e del deducibile⁸⁸. Ciò, si poneva in linea con quanto affermato da quella parte della dottrina⁸⁹ secondo cui tale rimedio sarebbe stato controproducente, ledendo le esigenze di certezza del diritto per le aziende, per le quali era stato introdotto, quale “calmieratore”, il giudizio di ammissibilità.

Per il vero, la tesi che sosteneva la percorribilità in cassazione presentava l'indubbio vantaggio di conseguire indirizzi più certi sulla interpretazione dei criteri di

di rigetto avesse un'efficacia meramente endoprocedimentale: «non sembra possa essere utilizzata da (o contro) coloro che hanno aderito; nei confronti di costoro fa stato soltanto la sentenza di accoglimento o di rigetto della domanda».

⁸⁸ L'attore, quindi, avrebbe potuto anche ripresentare, pur in assenza di elementi sopravvenuti, una nuova istanza, «sia deducendo nuove prove, sia allegando nuovi fatti quantunque già esistenti, sia, più semplicemente, meglio configurando l'azione in punto di diritto», MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, op. cit.

⁸⁹ Si veda CONSOLO C., ult. op. cit., p. 7.

ammissibilità della domanda, in conseguenza del ruolo nomofilattico della Suprema Corte, ma l'opposta soluzione avrebbe garantito una procedura più rapida.

Quanto ai criteri di ammissibilità dell'azione collettiva risarcitoria formulati dal comma 3 del precedente art. 140 *bis* cod. Consumo⁹⁰, il criterio dell'*interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela* si caratterizzava una formulazione alquanto ambigua.

L'interpretazione che sembrava più coerente con la natura dello strumento processuale avviato attribuiva alla formula il significato di un accertamento dell'illecito idoneo a coinvolgere un numero indefinito di consumatori, ovvero che l'attore collettivo presentasse sufficienti garanzie di serietà e rappresentatività⁹¹. Una parte della dottrina ha tradotto il requisito in questione in termini puramente quantitativi⁹², affermando che controversie collettive

⁹⁰ Il quale così stabiliva: *La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi, ovvero quando il giudice non ravvisa l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi del presente articolo.*

⁹¹ In tal senso BOVE M., *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, op. cit., p. 12.

⁹² Vedi BRIGUGLIO A., *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, op. cit.

risarcitorie, ove non fossero state presentate adesioni, avrebbero potuto essere dichiarate inammissibili anche *in liminis*. Tale interpretazione, tuttavia, sembrava confondere la natura del requisito in esame con un ulteriore requisito, dell'adeguata rappresentanza, rispetto al quale, al fine di accertare la legittimazione ad agire, e solo a tal fine, si sarebbe potuto quantificare il numero delle adesioni all'azione collettiva risarcitoria⁹³. Meglio, allora, sarebbe stato attribuire alla formula utilizzata dal legislatore il significato di accertamento giudiziale prognostico volto a valutare se l'interesse seriale fosse meglio tutelabile in forma individuale o collettiva. In particolare, era stato sostenuto che tale criterio coinvolgeva un duplice profilo di valutazione, il primo volto ad accertare la proporzionalità dell'azione collettiva in relazione alla pluralità di soggetti lesi. In tal senso, l'azione doveva apparire al Tribunale come «lo strumento adeguato per risolvere la controversia in

⁹³ Si veda anche AMADEI D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, op. cit., il quale confermava l'estraneità dei due requisiti affermando che, rispetto all'accertamento sull'esistenza di un interesse suscettibile di tutela, «si tratta comunque di una valutazione che deve prescindere dalla adesione di individui nel processo instaurato».

considerazione della difficile praticabilità del litisconsorzio facoltativo, anche a cagione del potenziale numero di membri della classe⁹⁴, nonché della prevalenza delle questioni comuni su quelle individuali»⁹⁵.

Appariva, poi, di complesso inquadramento la previsione secondo cui - come procedeva il comma 3 dell'art. 140 *bis* - *il giudice può differire la pronuncia sull'ammissibilità della domanda quando sul medesimo oggetto è in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente.* Dal

⁹⁴ Sembrava allora corretta l'impostazione diretta a interpretare il rilievo quantitativo come riferimento al potenziale numero di lesioni prodotte, cioè al requisito, già accertabile in sede di *certification*, americana della *numerosity* e della *commonality*, si veda BRIGUGLIO A., ult. op. cit. Ciò per altro imponeva l'ulteriore analisi del rilievo da attribuire al numero dei potenziali aderenti. Senza dubbio, il requisito in questione sarebbe stato uno dei parametri, non esplicitamente previsti dal legislatore, che avrebbe dovuto guidare la valutazione giudiziale di ammissibilità dell'azione in questione, specie quale estremo per accertare l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela (art. 140-bis comma 3). Per tale ragione appariva inevitabile il raffronto comparatistico con esperienze ormai collaudate sul punto: in tal senso gioca un ruolo determinante il requisito della *numerosity* previsto dalla *Rule 23* della *Federal Rules of Civil Procedure* statunitense, il quale stabilisce che affinché il singolo membro della classe proponga una causa come attore rappresentativo, è necessario che la classe sia così numerosa da rendere impraticabile il litisconsorzio (*joinder*: riunione) di tutti i suoi membri; allo stesso modo all'interno del nostro ordinamento il giudice non avrebbe dovuto l'azione collettiva risarcitoria, quando il numero dei danneggiati fosse stato tale da rendere agevole il giudizio tramite un cumulo soggettivo delle loro cause. Nello stesso senso CAPONI R., *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, op. cit. p. 284.

⁹⁵ DE SANTIS F., ult. op. cit., p. 161, il quale riteneva, altresì, che il giudizio dovesse estendersi anche alla valutazione dell'adeguata rappresentatività dell'attore formale.

punto di vista tecnico parte della dottrina⁹⁶ ha ritenuto che tale differimento avrebbe dovuto essere inquadrato giuridicamente, non come sospensione per pregiudizialità ex art. 295 c.p.c., né come sospensione per litispendenza ai sensi dell'art. 7 l. n. 218/95, quanto, invece, quale ipotesi di temporanea improcedibilità per l'espletamento di tentativi di composizione stragiudiziale della controversia, ai sensi dell'art. 412-bis c.p.c.

La *ratio* di tale disposizione era chiara; attraverso il differimento della pronuncia di ammissibilità, in attesa dell'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente, il legislatore voleva introdurre uno strumento che, per ragioni di economia procedimentale, evitasse di far proseguire un giudizio su una controversia rispetto alla quale, nel corso dell'istruttoria, emergevano elementi idonei a confermare o escludere la manifesta infondatezza della domanda giudiziale⁹⁷, oltre a considerare che, tali procedimenti,

⁹⁶ COSTANTINO G., op.cit.

⁹⁷ In dottrina si è sostenuto che « i dati e le notizie raccolte dall'autorità indipendente potrebbero, innanzitutto, influire sull'esito della valutazione giudiziale di ammissibilità della domanda in relazione la sua manifesta infondatezza, qualora, l'esempio l'autorità abbia disposto l'archiviazione

avrebbero potuto anche chiudersi con il soddisfacimento delle pretese delle parti in causa, con conseguente cessazione della materia del contendere⁹⁸.

8. La sentenza collettiva del giudizio collettivo: accertamento o condanna.

La fase conclusiva del giudizio civile rappresenta certamente l'elemento di maggiore centralità della tutela dei diritti. Il provvedimento conclusivo del giudizio è, anzi, lo scopo peculiare dell'azione quale diritto a ottenere un provvedimento di merito. Nella tutela collettiva risarcitoria la fase conclusiva assume una rilevanza ancor più evidente, resa tale dalla peculiarità dello strumento processuale e della sua incidenza su sui principi fondamentali che regolano il processo civile italiano.

Da questo punto di vista non vi è dubbio che con l'azione collettiva risarcitoria il legislatore non abbia fornito un'ottima prova di sé. A tal fine basti considerare quale

del procedimento», DE SANTIS F., ult. op. cit., p. 156.

⁹⁸ In tal senso BRIGUGLIO A., op. cit.

vivace dibattito dottrinale abbia sollevato la qualificazione della sentenza che definiva il giudizio collettivo.

Il comma 4⁹⁹ del nuovo art. 140 *bis*, stabiliva infatti: *se accoglie la domanda, il giudice determina i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio.* Nei più accreditati disegni di legge, oggetto dell'esame parlamentare degli ultimi anni (e precisamente ddl n. 3058/XIV/S e n. 1495/XV/C), la dottrina aveva sostenuto che le sentenze che chiudevano la fase collettiva, pur definite di condanna, non erano altro che sentenze di accertamento. Tali posizioni si fondavano su una serie di elementi tra i quali rientravano l'inidoneità della sentenza ad iscrivere ipoteca giudiziale ai sensi dell'art. 2818 c.c.; la circostanza che si attribuiva una legittimazione straordinaria all'associazione attrice (e non una sostituzione processuale);

⁹⁹ L'intera fase conclusiva del giudizio collettivo era regolato dal comma 4 che si occupava anche della eventualità che il giudice si pronunciasse determinando la somma minima da corrispondere ai singoli aderenti, nonché occupandosi della fase più prettamente liquidatoria successiva alla pronuncia.

la mancata individuazione dei singoli soggetti lesi, i quali avrebbero potuto ottenere il risarcimento solo a seguito di un giudizio individuale, con un ordinario onere di provare la qualità di creditori.

Il meccanismo di adesione – c.d. *opt-in* - introdotto dall'azione collettiva risarcitoria conduceva ad a ad un ripensamento delle precedenti affermazioni della dottrina. Si prevedeva, infatti, uno strumento d'individuazione personale dei creditori danneggiati, la cui qualità sarebbe stata accertata già nel giudizio collettivo¹⁰⁰, con conseguente estensione degli effetti, anche negativi, della sentenza collettiva.

Alcune caratteristiche peculiari della sentenza che definiva l'azione collettiva risarcitoria permettevano di ipotizzare una qualificazione della stessa quale sentenza di condanna generica. L'istituto dell'azione collettiva risarcitoria riproduceva il testo del ddl n. 1495, prevedendo la possibilità per il giudice di determinare i criteri per liquidare

¹⁰⁰ Si tratta di una soluzione su cui il legislatore non si esprime in modo chiaro e che, come vedremo, non trovava accordo in dottrina.

la somma dovuta e, in questo caso se possibile, *la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente danneggiato*¹⁰¹, ma ciò che mutava era la struttura della azione collettiva.

L'indirizzo interpretativo nettamente maggioritario¹⁰², tuttavia, ha ritenuto che la fissazione dei criteri di liquidazione non facesse venir meno la natura di sentenza di accertamento della responsabilità del convenuto, del diritto al risarcimento¹⁰³, e della somma minima da liquidare¹⁰⁴, risultando «funzionale ad una fase liquidatoria successiva, stragiudiziale e compositiva, o anche giudiziale e coincidente con una azione di condanna individuale»¹⁰⁵. Per

¹⁰¹ Definita provvisoria dal MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, op. cit.,.

¹⁰² Tra gli altri si veda anche BOVE M., *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, op. cit., p. 11; ancora COMANDÉ G., *Un uso distorto dell'azione collettiva diventa un boomerang per il cittadino*, op. cit., p. 9.

¹⁰³ Secondo RUFFINI G., op. cit., p. 709, oggetto delle domande «non è peraltro la condanna dell'impresa responsabile dell'illecito al risarcimento del danno, né a favore dell'associazione, né a favore dei singoli danneggiati, bensì l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione di somme spettanti ai singoli consumatori e utenti, senza la possibilità di richiederne anche la liquidazione»; nello stesso senso DALFINO D., op. cit., p. 197.

¹⁰⁴ In tal senso CHIARLONI S., *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, Riv. Dir. Proc. Civ., 2007, n.3, p. 583.

¹⁰⁵ BRIGUGLIO A., *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, op. cit., il quale, per altro, non esclude che l'interpretazione giuridica della disposizione pur in assenza di riferimenti

altri, pur se la sentenza collettiva, ai sensi del comma 3, riproduceva quasi testualmente il contenuto dell'art. 278 comma 1 e 2 c.p.c., essa non sarebbe stata titolo esecutivo ai sensi dell'art. 474 comma 2 n. 1, per mancata esplicita attribuzione di tale efficacia, né avrebbe potuto costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale¹⁰⁶. D'altra parte, l'accertata sussistenza di un diritto - quale elemento caratteristico dell'istituto di cui all'art. 278 c.p.c. - avrebbe richiesto per altri un accertamento pieno in tutti gli elementi del diritto al risarcimento del danno, e, dunque, non solo dell'inadempimento contrattuale o della commissione fatto illecito, ma, altresì, dell'imputabilità soggettiva e della produzione di un danno nella sfera giuridica del soggetto lesa. Di ciò sarebbe stata priva l'azione collettiva risarcitoria, posto che la sentenza sarebbe stata pronunciata a favore dell'ente associativo o del comitato rappresentativo

alla sentenza di condanna possa essere così interpretata, ma ritiene tale prospettazione irrealistica.

¹⁰⁶ Secondo BRIGUGLIO A., *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, op. cit. iscrizione che nemmeno in via di applicazione analogica, in assenza di previsione in tal senso, potrebbe consentirsi all'attore dell'azione collettiva risarcitoria, poiché l'associazione o il comitato non è titolare di alcuna pretesa risarcitoria nemmeno in relazione ad una futura liquidazione ai singoli danneggiati.

e non dei singoli danneggiati¹⁰⁷. Ne conseguiva che anche la eventuale sentenza di condanna che il collegio avrebbe potuto emettere, ai sensi del comma 4 dell'art. 140 *bis* cod. consumo, non era altro che il frutto della specifica richiesta dei soggetti intervenuti nel processo quale effetto delle azioni individuali cumulate nel medesimo processo¹⁰⁸.

A tal indirizzo si contrapponeva in modo netto la tesi di chi qualificava la sentenza collettiva quale sentenza di condanna generica¹⁰⁹. È stato sostenuto, che la circostanza che la sentenza non fosse idonea a iscrivere ipoteca non risultava elemento dirimente. La pronuncia integrava una vera e propria condanna generica in quanto essa accertava l'esistenza dell'*an* della prestazione «salva la prosecuzione del giudizio per il *quantum*, su cui può intanto riconoscere una provvisoria o acconto (art. 278, 2° comma c.p.c.), che consiste in una vera e propria condanna sul *quantum* per il

¹⁰⁷ In tal senso CARRATTA A., op. cit., p. 738.

¹⁰⁸ Si veda COSTANTINO G., op.cit.

¹⁰⁹ In tal senso CONSOLO C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, op. cit., p. 6, e id., in CONSOLO C., BUZZELLI P., BONA M., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, cit., § 8.5; nello stesso senso anche MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, op. cit.

quale si ritiene già raggiunta la prova e che fruisce dell'esecutività ora generalizzata dal nuovo testo dell'art. 282 c.p.c.»¹¹⁰. Si è ritenuto, poi, che la possibilità per il giudice di emanare sentenza di condanna ad una provvisoria¹¹¹ trasformasse questa (eventuale) seconda parte della sentenza in qualcosa di più di una condanna generica, caratterizzandosi sia per una maggiore effettività, sia anche da una difficoltà ricostruttiva, costituita dalla necessaria prova del numero degli aderenti, in considerazione della possibilità che questi potessero revocare la propria adesione. Ed allora, contrariamente alla prassi prevalente si riteneva possibile - già in sede di condanna generica - accertare «la sussistenza del nesso causale tra illecito e danno non soltanto in astratto, ma in concreto con riferimento alla posizione di ciascuno degli aderenti all'azione collettiva» nonché di «essere dedotte

¹¹⁰ MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Torino, 2007, p. 70.

¹¹¹ Contrario a considerare la stessa come provvisoria BRIGUGLIO A., op. cit., secondo cui «La determinazione della “somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente” non è dunque una “condanna provvisoria” ed il singolo potrà semmai giovarsi, a prescindere dai meccanismi compositivi, in sede di giudizio individuale ordinario o monitorio per giungere alla formazione di un titolo esecutivo».

dalle parti e risolte dal giudice eventuali eccezioni personali relative all'esistenza del diritto del singolo»¹¹². Ciò, inevitabilmente, avrebbe portato a ritenere l'istituto collettivo risarcitorio più in linea con la sua precipua finalità condannatoria. D'altra parte, poi, sussistendone le condizioni¹¹³, il giudice avrebbe potuto anche liquidare in modo definitivo i crediti risarcitori e restitutori dei consumatori, evitando, il necessario ricorso al giudizio individuale di completamento. Quest'ultima evenienza avrebbe condotto ad ottenere posizioni diversificate per i componenti della classe, perché il giudice, nonostante avesse accertato la responsabilità del convenuto, poteva riconoscere il diritto risarcitorio in capo a taluni componenti della classe e negarlo rispetto ad altri, sulla base di considerazioni personalizzate¹¹⁴.

¹¹²MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, op. cit.; id., *Il provvedimento finale: oggetto, contenuto, effetti*, op. cit., p. 181 ove l'A. affermava: «in apparenza, si tratta di una sentenza di mero accertamento; in realtà, è una vera propria condanna provvisoria, cui si ricollegano gli effetti tipici delle statuizioni di condanna. [...]Se così non fosse, non si capirebbe l'utilità della previsione di una simile decisione».

¹¹³ Nel caso in cui l'istruttoria sul *quantum* si fosse svolta rispetto a tutti gli interessati non presentando particolari complessità.

¹¹⁴ Vedi MENCHINI S., ult. op. cit.

Non sono, tuttavia, mancate tesi intermedi come quelle volte ad individuare nella sentenza collettiva uno strumento a geometria variabile, in taluni casi diretto ad accertare la questioni comune tra le parti, quale accertamento di mero fatto, «quando ciò sia lo strumento per conseguire economia processuale secondo il canone di proporzionalità»¹¹⁵, in altri a fronte della minore complessità della vicenda idoneo a pronunciarsi singoli diritti risarcitori. Nonostante l'orientamento predominante che attribuiva alla sentenza collettiva natura di sentenza di accertamento, non può farsi a meno di rilevare come tale pronuncia manifestava un carattere particolare definito in dottrina «inedito, al pari della progressione e numerosità del *petitum* che così impone, ma adatto alla bisogna e che sarebbe, francamente, procustiano e regressivo esprimere con la formula dell'(azione collettiva vertente sull')accertamento

¹¹⁵ CAPONI R., *Oggetto del processo e del giudicato «ad assetto variabile»*, in *Azione collettiva risarcitoria (art. 140 bis cod. Consumo)*, Foro it., 2008, V, p. 201.

della costellazione delle questioni comuni, cioè del bicchierino mezzo vuoto »¹¹⁶.

Quanto gli effetti della sentenza conclusiva del giudizio collettivo l'art. 140 *bis* cod. consumo, oltre a far salve le azioni individuali dei consumatori o utenti non aderenti o non intervenienti, stabiliva al comma 5 che *la sentenza che definisce il giudizio promosso ai sensi del comma 1 fa stato anche nei confronti dei consumatori e utenti che hanno aderito all'azione collettiva*. E dunque: nel caso di sentenza di rigetto, gli aderenti non avrebbero potuto più agire, per lo stesso credito, nemmeno con azioni individuali; nel caso che, invece, la pronuncia fosse di accoglimento i singoli aderenti nonché gli intervenuti sarebbero stati vincolati dai criteri fissati dal giudice per la liquidazione, quantunque sfavorevoli nei loro confronti¹¹⁷.

¹¹⁶ CONSOLO C., *L'art. 140 bis: nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processuali, un poco «Opera aperta»*, op. cit. 208.

¹¹⁷ Vedi MENCHINI S., op. cit. Secondo l'A. l'effetto del giudicato della sentenza collettiva, avendo, per questi, il processo ad oggetto, non solo l'interesse collettivo, ma anche i diritti individuali, non si sarebbe estesa solo agli aspetti accomunanti le diverse pretese, cioè gli aspetti seriali, ma anche ai diritti individuali dedotti, quantomeno rispetto a quelle questioni risolte.

Rispetto ai consumatori non aderenti, oltre a lasciar saldo implicitamente il potere di agire individualmente per ottenere il risarcimento dei danni, l'art. 140 *bis* non si occupava di prevedere un'eventuale efficacia *ultra partes* della sentenza collettiva. Tuttavia, tra i primi commenti si avanzata la possibilità per i non aderenti di avvalersi della pronuncia collettiva secondo la disciplina del giudicato *secundum eventum litis*¹¹⁸ ex art 1306 c.c.: dunque avrebbero potuto opporre al comune convenuto la sentenza a loro favorevole, ovviamente, con gli stessi limiti degli aderenti, cioè sottostando agli stessi criteri di liquidazione, ma anche sottrarsi, agli effetti di una sentenza sfavorevole. Ora, questo, oltre a riportare in vita il problema relativo alla violazione della parità delle parti del processo rispetto al convenuto, che in caso di vittoria non avrebbe potuto opporre la sentenza ai non aderenti, avanzava ulteriori dubbi sulla utilità del meccanismo di *opt-in*. Il meccanismo, così

¹¹⁸In tal senso MENCHINI S., *op. cit.* Netamente contrario a tale ricostruzione risulta BRIGUGLIO A., *op. cit.*, il quale sottolineava come la sentenza facesse stato solo nei confronti degli aderenti e intervenienti, oltre che dell'attore e, nello stesso senso, AMADEI D., *op. cit.*

interpretato, toglieva, infatti, ogni valenza incentivante all'adesione, facendo divenire l'istituto un orpello inutile. Ciò a meno che non si fosse ritenuto di aderire alla tesi secondo cui, attraverso l'adesione, i singoli danneggiati avrebbero unicamente superato l'ostacolo di dover nuovamente provare, nei giudizi individuali, la qualità di creditore del convenuto, essendo questa qualità accertata con la sentenza collettiva¹¹⁹. Tuttavia, tale interpretazione per quanto suggestiva sembrava forzare troppo lo spirito e il tenore dell'Istituto così come confezionato dal legislatore.

9. La fase di liquidazione del risarcimento e la conciliazione. Rinvio

Al fine di fornire una compiuta analisi degli strumenti di definizione transattiva successivi alla pronuncia della sentenza si rinvia al capitolo conclusivo del presente lavoro, limitando ora l'analisi alla mera descrizione della disciplina,

¹¹⁹ In tal senso si veda BRIGUGLIO A., op. cit., secondo cui «l'“adesione” all'azione collettiva è presupposto dell'operare estensivo del giudicato “collettivo” e non oggetto del medesimo, e come tale andrà dimostrata nel giudizio individuale dal consumatore che intenda avvalersi del giudicato “collettivo”».

al fine di garantire una visione completa dell'istituto dell'azione collettiva risarcitoria .

Con funzione chiaramente complementare il legislatore nel precedente art. 140 *bis* affiancava alla sentenza conclusiva del giudizio una specifica fase di liquidazione extragiudiziale del danno, tenuto conto dei criteri individuati o dei risarcimenti individuali stabiliti. Il meccanismo liquidatorio predisposto¹²⁰, prevedeva che il convenuto soccombente proponesse una somma a titolo di pagamento del dovuto, stabilendo però che tale proposta venisse presentata, per iscritto, a tutti gli aventi diritto e depositata in cancelleria. Nel caso di accettazione della proposta, la stessa costituiva titolo esecutivo.

Nel caso, invece, in cui l'impresa non avesse comunicato la proposta nel termine previsto, ovvero comunque non vi fosse stata accettazione della proposta, veniva avviata una

¹²⁰ Come recitava il comma 4 dell'art. 140 *bis* cod. consumo: *Nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa propone il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria. La proposta in qualsiasi forma accettata dal consumatore o utente costituisce titolo esecutivo.*

fase di definizione conciliativa che si avviava attraverso la costituzione di una camera di conciliazione. Lo scopo dell'organo conciliativo sarebbe stato quello di determinare l'ammontare delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti, aderenti di intervenuti, che ne avessero fatto domanda, avendo come punto di riferimento l'applicazione dei criteri elaborati del collegio con la sentenza collettiva. Infine, la disciplina dell'art. 140 bis¹²¹, prevedeva le modalità di costruzione e di funzionamento

¹²¹ Come stabiliva il comma 6 dell'art. 140 *bis* cod. consumo: *Se l'impresa non comunica la proposta entro il termine di cui al comma 4 o non vi è stata accettazione nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione della stessa, il presidente del tribunale competente ai sensi del comma 1 costituisce un'unica camera di conciliazione per la determinazione delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o sono intervenuti ai sensi del comma 2 e che ne fanno domanda. La camera di conciliazione è composta da un avvocato indicato dai soggetti che hanno proposto l'azione collettiva e da un avvocato indicato dall'impresa convenuta ed è presieduta da un avvocato nominato dal presidente del tribunale tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori. La camera di conciliazione quantifica, con verbale sottoscritto dal presidente, i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti. Il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo. In alternativa, su concorde richiesta del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta, il presidente del tribunale dispone che la composizione non contenziosa abbia luogo presso uno degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni, operante presso il comune in cui ha sede il tribunale. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 39 e 40 del citato decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni.*

della camera di conciliazione, stabilendo, altresì, la possibilità per le parti, in alternativa, di avviare la composizione non contenziosa avvalendosi degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni, operanti presso il comune in cui aveva sede il tribunale.

Capitolo II

I RILIEVI CRITICI E I TENTATIVI DI MODIFICA DELL'AZIONE COLLETTIVA

RISARCITORIA

Indice: 1. *I primi rilievi critici all'azione collettiva risarcitoria e le necessità di un intervento di modifica* -2. *Le proposte di modifica della XVI legislatura*

1. I primi rilievi critici all'azione collettiva risarcitoria e le necessità di un intervento di modifica

Già all'indomani della sua approvazione sono state evidenziate numerose lacune e punti critici della disciplina dell'azione collettiva risarcitoria contenuta nel precedente testo dell'art. 140 *bis* cod. consumo. In realtà, già i protagonisti politici di quella vicenda erano ben consapevoli della natura imperfetta dello strumento processuale¹²², tuttavia si ritenne indispensabile, dopo una gestazione interminabile che aveva impegnato le commissioni

¹²² Già nel febbraio del 2008 l'allora Ministro Bersani – principale fautore per l'introduzione dello strumento collettivo risarcitorio- sosteneva che si trattava di una disciplina perfettibile e da migliorare, Il sole24 Ore 26/02/2008.

parlamentari da ben tre legislature, adeguare il nostro ordinamento colmando la lacuna di una forma di tutela collettiva risarcitoria.

Certamente vi erano orientamenti che guardavano con favore al nuovo istituto. Le associazioni del CNCU, l'indomani della sua introduzione, manifestavano un certo ottimismo, pur non celando gli aspetti critici di un istituto che «rappresenta invece un vero e proprio stravolgimento che ha portato ad una procedura macchinosa, lunga e scarsamente efficace»¹²³.

La prima opinione generale era costituita da una valutazione positiva dell'astratta previsione di uno strumento di tutela collettiva risarcitoria che portava ritenere che: «lo strumento dovrebbe avere, oltre al valore di opportunità giudiziaria a disposizione del cittadino, un ruolo preventivo di arma dissuasiva verso chi viola sistematicamente, o comunque disinvoltamente, i diritti del consumatore»¹²⁴.

¹²³ Paolo Landi, Segretario generale ADICONSUM.

¹²⁴ Mario Finzi, Presidente ASSOUTENTI.

Non poteva, però, negarsi come l'art. 140 *bis* cod. consumo prevedeva dei meccanismi processuali così articolati da rendere di fatto l'istituto non solo poco efficiente, ma anche poco appetibile per le associazioni dei consumatori, nonché per gli stessi consumatori e utenti danneggiati. Scoraggiava, infatti, la previsione di un doppio tempo della tutela, che è sembrato costituire un forte limite alla praticità di tale strumento processuale, anche tenuto conto del fatto che l'ambito di applicazione dell'Istituto si indirizzava a controversie di modesta entità economica.

Sempre nell'ottica della predisposizione di una soluzione efficiente e concretamente utilizzabile dai danneggiati, si poneva l'aspetto che forse più di ogni altro esponeva critiche la nuova azione collettiva. Da più parti, infatti, si evidenziava la necessità di un'estensione della legittimazione ad agire non solo ad enti rappresentativi, ma direttamente ai singoli consumatori. Accanto a questo aspetto anche la legittimazione passiva costituiva un ulteriore tema di analisi critica in ordine alla possibilità di

esperire lo strumento collettivo risarcitorio avverso le condotte illecite poste in essere dalla Pubblica Amministrazione.

Quanto ai profili più strettamente tecnici, i problemi lasciati aperti dall'azione collettiva risarcitoria erano innumerevoli.

Tra le carenze più evidenti del nuovo art. 140 *bis*, si segnalava¹²⁵ per la mancanza di alcuna disciplina rispetto al caso in cui altri enti collettivi, o gli stessi, potessero promuovere diversi giudizi collettivi per la medesima condotta illecita del convenuto, contestualmente o in tempi distinti, ciascuno dei quali concernente gruppi differenti di diritti¹²⁶. Da questo punto di vista non vi era alcun criterio di

¹²⁵ Oltre ad una critica alla disposizione normativa da parte di COSTANTINO G., *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis cod. consumo*, op. cit., p. 17 ss. non solo alla mancata previsione di meccanismi diretti a paralizzare azioni individuali azionate in pendenza dell'azione collettiva e a realizzare un *simultaneus processus*, ma anche al fatto che non era attenuata la preclusione ex art. 40 comma 2 c.p.c.; l'A. infine rilevava come non fosse stata prevista la possibilità di esercizio dell'azione collettiva risarcitoria mediante la costituzione di parte civile nel processo penale.

¹²⁶ Rispetto alla possibilità che lo stesso attore potesse riproporre, in caso di rigetto della prima, la stessa domanda AMADEI D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, op. cit., si mostrava favorevole, ritenendo che l'effetto preclusivo del giudicato investiva soltanto i soggetti aderenti o intervenienti, a meno di non considerare l'espressione del comma 5, secondo cui la sentenza collettiva fa stato "anche" nei confronti dei consumatori o utenti aderenti o intervenienti, come estensione degli effetti preclusivi anche nei confronti dell'associazione o comitato attore (cosa che l'autore, erroneamente,

prevenzione, mentre solo in via interpretativa era possibile prevedere l'applicazione della disciplina delle connessioni tra le cause¹²⁷.

Si sarebbe potuto ipotizzare l'efficacia di un giudicato *secundum eventum litis*, rispetto ad altri enti collettivi che volessero agire per accertare la medesima condotta illecita.

Accanto a questa altre e diverse erano le soluzioni. Altra parte della dottrina, infatti,¹²⁸ sosteneva la necessità che il legislatore negasse l'ammissibilità di più domande, contestuali o successive, sul presupposto che, secondo le regole generali, il convenuto vittorioso in un processo collettivo non avrebbe potuto opporre tale pronuncia ad altri attori collettivi e, dunque, non sembrava ragionevole

scarta in considerazione del fatto che ritiene l'oggetto del giudizio solo i diritti individuali omogenei e non un peculiare interesse collettivo).

¹²⁷ Proponeva una interpretazione legata alla connessione di cause MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, op. cit., il quale sosteneva che nel caso di riunione di due processi collettivi, separatamente proposti da associazioni diverse in relazione ai diritti di differenti gruppi di soggetti, ovvero in forza di intervento di un ente collettivo nel giudizio di classe da altri promosso, per mezzo del quale sono fatte valere le pretese seriali di altri consumatori, si sarebbe realizzato un cumulo soggettivo semplice, riconducibile allo schema dell'art. 103 c.p.c., in quanto sarebbero state trattate congiuntamente più cause (collettive), causalmente o impropriamente connesse, riguardanti gruppi di diritti soggettivi distinti, in titolarità di soggetti diversi.

¹²⁸ Si veda BOVE M., *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, op. cit., p. 12.

sottoporre l'impresa a più azioni collettive per lo stesso illecito. Si trattava di un terreno che richiedeva un chiarificatore intervento del legislatore.

Mancava, inoltre, una disciplina sulle spese processuali. Una disciplina di tutela collettiva risarcitoria che non affiancasse ad una conduzione unitaria, con conseguente onere finanziario, una disciplina delle spese in grado di tutelare la prospettiva di una vittoria, con un margine di vantaggio anche economico, rischiava di disincentivare l'utilizzo dello strumento processuale. Rispetto ai temi economici il rischio che si presentava era il medesimo fallimento dell'azione collettiva francese, basato proprio sugli enormi costi che le associazioni erano chiamate ad affrontare, perché «l'anticipazione delle spese da parte dell'ente che agisce può costituire un freno all'esercizio della tutela collettiva, atteso che, di frequente, i comitati e le associazioni non sono dotati di sufficienti risorse economiche»¹²⁹.

¹²⁹ MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, op. cit.

Si trattava di una tematica che assumeva un notevole peso per le associazioni dei consumatori, le quali evidenziavano come ciò comportasse che «il promotore dell'azione collettiva dovrà assumersi notevoli oneri di natura organizzativa e finanziaria»¹³⁰. Si era, tal fine, avanzata la tesi secondo cui, comunque, l'attore collettivo avrebbe potuto condizionare la ricezione delle adesioni all'impegno di corrispondere una percentuale sul ricavato, ma si trattava pur sempre di una soluzione interpretativa che non trovava agganci nel testo normativo e necessitava, quindi, di previsione legislativa in merito. Il testo Manzione – Bordon colmava, invece, questa lacuna con una disciplina che prevedeva¹³¹, un compenso dei difensori del promotore della azione collettiva, il quale non poteva superare l'importo massimo del 10 per cento del valore della controversia (art. 53-bis, comma 12).

Altri aspetti della disciplina sembravano essere apprezzabili, anche alla luce dei principi che caratterizzano il nostro

¹³⁰ Mara Colla, Presidente CONFCONSUMATORI.

¹³¹ Oltre a stabilire che in caso di soccombenza, anche parziale, del convenuto questi fosse obbligato al pagamento delle spese legali.

sistema processuale e che avrebbero costituito dei limiti all'applicazione di soluzioni di altra matrice giuridica. Non vi è dubbio, infatti, che il mancato riferimento a forme di danno punitivo costituiva una soluzione apprezzabile, ponendosi in linea con i principi del nostro sistema risarcitorio, poiché «nel vigente ordinamento alla responsabilità civile, infatti, è assegnato il compito precipuo di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, anche mediante l'attribuzione al danneggiato di una somma di denaro che tenda a eliminare le conseguenze del danno subito, mentre rimane estranea al sistema l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile ed è indifferente la valutazione a tal fine della sua condotta»¹³². Tuttavia, restavano aperti molti aspetti problematici nel nuovo istituto che nonostante non abbia avuto alcuna concreta possibilità di utilizzo, si caratterizzava comunque per la sua natura di soluzione piuttosto incerta e

¹³² BUFFONE G., *Class Action italiana: azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori. Ferma la finalità risarcitoria. Respinta l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile*, www.altalex.com

difficilmente praticabile, specie per le lacune, in taluni casi determinanti, che ne limitavano fortemente l'appetibilità.

2. Le proposte di modifica della XVI legislatura

Proprio al fine di colmare le lacune e correggere i punti di criticità ravvisabili nella strumento dell'azione collettiva risarcitoria si introdussero nel corso della XVI legislatura alcuni progetti di legge di modifica, ovvero interamente sostitutivi del neointrodotta art. 140 *bis*.

I disegni di legge depositati presso la Camera dei Deputati si proponevano di modificare il nuovo istituto, seppur non integralmente, introducendo alcune modifiche, senza però realizzare alcuno stravolgimento.

Con il disegno di legge n. 1845/XVI/C - ad iniziativa dell'on. Di Pietro - si riproduceva quasi testualmente la precedente formulazione articolo 140 *bis* del codice del consumo inserendo, tuttavia, alcune importanti novità. Il disegno di legge, senza prevedere interventi in tema di legittimazione ad agire, proponeva una modifica oggettiva

dell'ambito di estensione della tutela. L'azione collettiva risarcitoria non era limitata a particolari tipologie contrattuali, ma veniva estesa a tutti i rapporti giuridici relativi a contratti, prevedendo, altresì, ed espressamente la tutela degli illeciti extracontrattuali causati dall'unico atto seriale¹³³.

La struttura dell'articolo 140 *bis*, formulato nel disegno di legge, prevedeva, tuttavia, ancor più chiaramente una struttura della tutela a “doppio tempo”, con una prima fase dedicata alla pronuncia collettiva, ed intervallando l'eventuale azione individuale risarcitoria con il medesimo procedimento di composizione conciliativa e transattiva previsto dal precedente testo dell'art. 140 *bis*.

¹³³ Come recitava il comma 1 del ddl n. 1845/XVI/C, presentato ad iniziativa dell'On. Di Pietro il 29 ottobre 2008 : *Le associazioni dei consumatori e degli utenti di cui al comma uno dell'articolo 139, le associazioni dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nonché le associazioni comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere, possono chiedere al tribunale del luogo ove ha la residenza o la sede del convenuto la condanna al risarcimento dei danni e la restituzione di somme dovute direttamente ai singoli consumatori e utenti interessati, in conseguenza di atti illeciti commessi nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti, di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali illecite o di comportamenti anticoncorrenziali, sempre che ledano diritti una pluralità di consumatori ed utenti.*

Rappresentava, però, una novità, nel disegno di legge la possibilità di utilizzare la sentenza di condanna collettiva unitamente all'accertamento della qualità di creditore discendente dai verbale di conciliazione, dagli accordi transattivi o della sentenza individuale, con cui il singolo consumatore chiedeva la determinazione del preciso importo del risarcimento dei danni ad esso spettante, al fine di avviare ottenere una pronuncia di ingiunzione al pagamento della somma dovuta al singolo consumatore¹³⁴, strumento che, dunque, si aggiungeva agli altri istituti successivi alla sentenza collettiva finalizzati al soddisfacimento dell'interesse del consumatore danneggiato.

Due, però, erano le vere novità che il disegno di legge proponeva: la prima era costituita dalla scomparsa integrale del procedimento dell'*opt-in*. Non era più prevista alcuna

¹³⁴ Come recitava il comma 9 del ddl n. 1845/XVI/C: *la sentenza di condanna di cui al comma 4, unitamente all'accertamento della qualità di creditore ai sensi dei commi 6,7 e 8, costituisce, ai sensi dell'articolo 634 del codice di procedura civile, titolo per la pronuncia di ingiunzione di pagamento, ai sensi degli articoli 633 e seguenti del medesimo codice di procedura civile, da parte del giudice competente su richiesta del singolo consumatore o utente.*

adesione dei consumatori e utenti danneggiati dall'illecito seriale, con la conseguenza che la sentenza produce l'effetto *secundum eventum litis*. Costituiva un completamento di tale previsione la generale forma di interruzione della prescrizione estesa *anche con riferimento ai diritti di tutti consumatori e utenti conseguente il medesimo fatto violazione*¹³⁵. Si trattava, quindi, di un vero e proprio ritorno al passato che, tuttavia, ripresentava la problematica dell'assenza di un meccanismo in grado di dare soluzione definitiva ed unitaria all'illecito seriale, onde sottrarre il convenuto ad una innumerevole proposizione di azioni collettive. Non era, infatti, accompagnata tale scelta dalla previsioni di preclusioni alla riproposizione delle azioni collettive risarcitorie nei confronti della stessa impresa ed in conseguenza dei medesimi fatti illeciti plurioffensivi.

Rispondeva, invece, ad una delle critiche che erano state sollevate alla prima formulazione dell'art. 140 *bis* cod. consumo, la seconda delle novità del ddl in commento,

¹³⁵ In tal senso il comma 2 del ddl n. 1845/XVI/C.

costituita dall'estensione soggettiva della azione collettiva risarcitoria anche nei confronti della Pubblica Amministrazione, costituente probabilmente l'aspetto innovativo più rilevante del disegno di legge. Come è stato rilevato in dottrina¹³⁶ si configuravano, quindi, due diverse azioni collettive, la prima delle quali esperibili nei confronti del privato; la seconda, invece - completando il quadro della tutela collettiva - consentendo ai consumatori di agire *a tutela degli interessi giuridicamente rilevanti di una pluralità di consumatori o utenti lesi dall'inosservanza di standards qualitativi ed economici che i primi siano tenuti ad assicurare, dalla violazione di obblighi contenuti nelle carte di servizi, dall'omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, dalla violazione dei termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali*¹³⁷.

L'azione in questione non spettava alla giurisdizione del giudice ordinario, ma veniva attribuita alla competenza del

¹³⁶ Si veda in tal senso D'ALFONSO G., *L'art. 140 bis codice del consumo tra disciplina attuale e proposte di riforma. Quali prospettive per un'effettiva tutela collettiva risarcitoria?*, Resp. Civ., 2009, n. 8-9, p. 682.

¹³⁷ Comma 10, ddl n. 1845/XVI/C.

T.A.R., prevedendo, altresì, quale condizione esercizio dell'azione la diffida all'amministrazione - ovvero al concessionario – di assumere le iniziative necessarie per l'adempimento degli obblighi inosservati. In caso di inadempimento da parte della pubblica amministrazione e del concessionario di pubblico servizio il giudice amministrativo avrebbe dovuto operare un commissariamento con tutte le conseguenze relative a responsabilità disciplinari e dirigenziali.

Anche il secondo dei disegni di legge presentati alla camera dei deputati – il ddl n. 1824/XVI/C ad iniziativa dell'On. Mantini -manteneva una struttura bifasica della tutela collettiva risarcitoria, individuando unicamente nella tutela individuale dei consumatori, successiva alla sentenza collettiva, il compito di soddisfare le pretese risarcitorie. Con il precedente disegno di legge il ddl n. 1824/XVI/C, condivideva non solo l'estensione oggettiva dell'azione di classe, ma, altresì, l'eliminazione della previsione del

meccanismo di adesione e, in generale, non proponeva aspetti di rilevante differenza.

L'elemento di novità di questa proposta di legge s'incentrava nel tentativo di dare soluzione al problema delle successioni delle azioni collettive risarcitorie nei confronti della medesima impresa convenuta. Il precedente testo dell'art. 140 *bis* cod. Consumo, non presentava alcuna disposizione volta precludere l'avvio di una successiva azione collettiva risarcitoria nei confronti della stessa impresa per il medesimo fatto illecito. Ciò comportava il rischio di rendere assai onerosa la posizione della convenuta. Il disegno di legge affrontava la questione stabilendo, ai sensi del suo ultimo comma, che l'azione collettiva riproposta, in caso di rigetto di una precedente azione, implicava: *responsabilità aggravata ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile per aver agito senza la normale prudenza*. In qualche modo, quindi, tale progetto di legge prendeva in considerazione un aspetto non trattato dal precedente istituto al fine di evitare il rischio

di duplicazione e di abuso dello strumento processuale. Certamente, tuttavia, il meccanismo non era risolutivo, non disponendo alcuna preclusione, ed incidendo solo in materia di condanna alle spese.

Ed allora, tra i tre disegni di legge presentati alla camera, quello che si differenziava strutturalmente più nettamente dalla precedente azione collettiva risarcitoria, modificandone anche la denominazione in semplice “azione collettiva” era il ddl n. 410/XVI/C - ad iniziativa dell’On. Contento -la cui logica si poneva nell’ottica di un completamento delle forme di tutela collettiva già prevista all’interno del codice del consumo. Tale disegno di legge era indirizzato a porre in rilievo il ruolo rivestito dall’unico soggetto legittimato ad agire. Così come nel vecchio articolo 140 *bis*, anche il disegno di legge attribuiva a un ente esponenziale la possibilità di avviare un’azione collettiva legittimando il comitato dei soggetti consumatori ed utenti che avessero subito un danno seriale. Il disegno di legge prevedeva la costituzione dei comitati mediante atto

pubblico da parte di quei consumatori e utenti che fossero stati danneggiati dall'illecito seriale. Solo, ed unicamente all'interno del comitato i singoli consumatori ed utenti avrebbero potuto far valere ed ottenere l'estensione degli effetti della sentenza. Il disegno di legge prevedeva, tra l'altro, anche alcune formalità che investivano aspetti apparentemente marginali dell'istituto come la disciplina delle spese processuali da più parti sollevate attinenti alle spese. Era previsto, infatti, che il comitato avrebbe dovuto presentare unitamente agli atti di causa: il preventivo dei costi dell'iniziativa; il compenso spettante al difensore - sia per la fase giudiziale, sia nel caso di una definizione consensuale della vertenza- i mezzi individuati per fare fronte ai costi, anche nell'ipotesi di soccombenza, con l'indicazione specifica della parte eventualmente posta a carico di ciascun consumatore o utente. Emergeva, quindi, un'attenzione rinnovata per le fonti di finanziamento del soggetto collettivo, con conseguente garanzia anche nei confronti del convenuto vittorioso, che avrebbe, così, avuto

la possibilità di recuperare le spese processuali affrontate per l'avvio di un'azione collettiva risarcitoria temeraria o completamente infondata.

Anche in tale disegno di legge, tuttavia, scompariva il meccanismo delle adesioni, come formulato dall'art. 140 *bis* cod. del consumo, che veniva sostituito da modalità di partecipazione al comitato che agiva in giudizio. Il comitato, per altro, raccoglieva la partecipazione degli aderenti prima dell'avvio del giudizio collettivo, dovendo depositare tra gli atti di causa anche l'elenco dei consumatori ed utenti con le generalità di ciascuno nonché - al fine di permettere a tutti i soggetti che ne facessero richiesta di partecipare all'azione collettiva - l'indicazione delle modalità per l'adesione successiva alla proposizione della domanda.

Un ulteriore aspetto innovativo del ddl n. 410/XVI/C, era rappresentato dalle modifiche in tema di ammissibilità dell'azione collettiva. Pur mantenendo il procedimento di ammissibilità, il disegno di legge, infatti, lasciava ampia discrezionalità al giudice nella valutazione dei requisiti

essenziali per autorizzare la prosecuzione dell'azione collettiva. Scomparivano, infatti, tutti i requisiti previsti dal precedente testo dell'art. 140 *bis*, stabilendosi unicamente che: *sull'ammissibilità il tribunale, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procedere in modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione strettamente necessari in relazione presupposti ai fini del provvedimento da assumere, decidendo in camera di consiglio con decreto motivato.* Ed invero, gli unici due requisiti previsti dalla proposta di legge erano contenuti all'interno del comma 5. Il primo consisteva in un requisito numerico, che invece era del tutto assente nella precedente versione dell'azione collettiva risarcitoria: perché, infatti, l'azione fosse ammessa era necessario che il numero dei consumatori utenti che aderivano al comitato fosse almeno pari a cinquecento. In secondo luogo, il requisito di accertamento nel merito dell'azione proposta si caratterizzava per essere del tutto generico, poiché subordinava l'ammissione dell'azione collettiva al

concorrere di *specifiche circostanze tali da farlo apparire giustificata*. Certamente, se già al precedente istituto era imputabile un vizio di genericità del requisito dell'adeguata rappresentanza, tale disegno di legge rischiava di attribuire un eccessivo grado di discrezionalità all'autorità giudiziaria con inevitabili ricadute in tema di impugnazione del provvedimento di inammissibilità.

Costituiva, poi, un ulteriore aspetto di novità la disciplina relativa l'efficacia della sentenza ed alle conseguenze dell'accoglimento dell'azione collettiva. Il comma 11 del ddl n. 410/XVI/C, stabiliva che: *la sentenza pronunciata tra le parti è efficace nei confronti di ciascun consumatore o utente iscritto nell'elenco degli aderenti al comitato allegato alla decisione sottoscritto con le modalità previste dall'articolo 132 del codice di procedura civile*. Dunque, il disegno di legge risolveva il problema della estensione degli effetti del giudicato analogamente al meccanismo delle adesioni del precedente art. 140 *bis*. La vera novità, invece, era costituita dalla fase immediatamente successiva

all'emissione della sentenza di accoglimento. Anzitutto, con riferimento alla spedizione in forma esecutiva della sentenza di accoglimento. A differenza del precedente istituto dell'azione collettiva risarcitoria, il disegno di legge in oggetto, si occupava di tale aspetto e riconosceva una legittimazione alla spedizione in forma esecutiva - e la conseguente rilascio del titolo in forma esecutiva - unicamente al comitato che avesse proposto l'azione collettiva. Si risolveva, così, uno degli aspetti problematici potevano insorgere a seguito dell'accoglimento dell'azione collettiva, costituita dal fatto che si potesse prevedere una legittimazione alla notifica in forma esecutiva della sentenza a soggetti che non erano stati parti in senso formale del processo.

Infine, a completamento della disciplina risarcitoria, il disegno di legge prevede espressamente un meccanismo di agevolazione della soddisfazione della pretesa del consumatore danneggiato. Non vi era dubbio, infatti, che la sentenza collettiva costituiva una sentenza di condanna,

come emergeva chiaramente dalla legittimazione conseguente all'emissione della sentenza collettiva ed attribuita ciascun consumatore o utente di poter avviare con le forme previste per il procedimento di quell'articoli 633 e seguenti del codice di procedura civile, l'ingiunzione di pagamento della somma liquidata dal tribunale per il medesimo fatto dedotto in giudizio¹³⁸. Veniva così, risolto l'ulteriore problema della doppia fase della tutela risarcitoria collettiva, evitando al singolo l'oneroso compito di avviare un altro giudizio a cognizione piena nel quale far valere le proprie pretese d'ottenere così una sentenza di condanna.

Infine, al Senato era stato proposto il disegno di legge n. 454/XVI/S - ad iniziativa dell'On. Pedica depositato il 03-05-2008 - che rappresentava di fatto la riproposizione contenutistico quasi integralmente identica ai disegni di legge presentati nel corso della XV legislatura. In

¹³⁸ Tale opzione veniva affiancata da una meccanismo di conciliazione. Come, infatti, prevedeva il ddl n. 410/XVI/C, comma 13 *la domanda non può essere proposta prima che siano trascorsi 60 giorni dalla richiesta avanzata l'organismo di conciliazione istituito dal convenuto, d'intesa con il comitato con le associazioni dei consumatori, ovvero, in difetto dell'istruzione, dalla diffida avanzata, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, anche attraverso il comitato e le associazioni dei consumatori, al convenuto medesimo.*

particolare l'atto del Senato riproponeva il contenuto dei ddl n.ri 1330 (Fabris), n. 1443 (Poretti), n. 1834 (Pedica) e n. 1882 (Grillini) che si caratterizzavano per una pressoché integrale riproduzione del modello della *class action* americana.

Per la verità, il meccanismo procedurale del n. 454/XVI/S si caratterizzava per un'elaborazione completa e articolata che sembrava colmare tutte le possibili lacune presentate dal precedente istituto dell'azione collettiva risarcitoria.

In primo luogo, tale progetto di legge non era diretto ad apportare una modifica all'impianto del cod. consumo, dettando una disciplina autonoma dell'istituto . L'azione collettiva, elaborata nel disegno di legge, riconosceva la legittimazione ad agire a tutti i soggetti danneggiati i quali avrebbero potuto *richiedere al tribunale del luogo ove ha sede il convenuto, o uno dei convenuti, la condanna al risarcimento dei danni e la restituzione di somme dovute direttamente ai singoli appartenenti alla classe, in conseguenza di illeciti plurioffensivi commessi da soggetti*

pubblici o privati (art. 3 comma 1). Ciò, segnava una netta distanza con i precedenti disegni di legge, non prevedendosi in quest'ultimo alcuna delimitazione dei soggetti danneggiati con riferimento a parametri soggettivi¹³⁹, o oggettivi¹⁴⁰ e che, inoltre, estendendo la qualifica di soggetto danneggiante anche a soggetti pubblici, apriva le porte per una tutela collettiva risarcitoria esercitabile contro la Pubblica Amministrazione. La legittimazione ad agire era dunque la più ampia possibile, con estensione anche ai comitati alle associazioni a tutela degli interessi della classe¹⁴¹.

La disciplina del disegno di legge, proseguiva poi con un'articolata regolamentazione della fase di avvio dell'azione collettiva, con esplicita indicazione del contenuto dei singoli atti e dei requisiti richiesti per l'ammissibilità dell'azione proposta, con specifico riferimento all'elencazione dei soggetti che avrebbero

¹³⁹ Quali la qualifica di consumatori.

¹⁴⁰ Quali diverse tipologie contrattuali.

¹⁴¹ Come recitava l'art. 3 comma 2 ddl n. 454/XVI/S.

composto la classe dei danneggiati, ed a cui avrebbe potuto proporre opposizione il convenuto¹⁴².

La vera novità del ddl n. 454/XVI/S era invece contenuta nella lett. c) comma 4 dell'art. 7 e dal successivo art. 8, i quali prevedevano, rispettivamente la nomina e le funzioni del curatore amministrativo. Attraverso tale istituto, non solo si riprendeva una figura abituale del nostro ordinamento che avrebbe offerto ampia garanzia nella ripartizione di somme a un elevato numero di creditori - tipico delle procedure concorsuali - ma si permetteva, altresì, di ridurre possibili scontri tra il promotore e la

¹⁴² Come stabiliva l'art. 4 del ddl n. 454/XVI/S il procedimento proseguiva con la necessità, per la parte attrice, di presentare un'istanza di ammissione dell'azione collettiva, tra i cui contenuti meritavano attenzione la lett. d) a norma del quale era il promotore che dovrebbe indicare i criteri identificativi della classe di danneggiati, e la lett. e) che prevedeva: *la domanda di risarcimento del danno o di restituzione di una somma di denaro sommariamente indicata nel suo ammontare o con l'indicazione dei criteri per la sua determinazione o determinabilità*, domanda possibile in quanto la lett. h) richiedeva *l'elenco dei soggetti appartenenti alla classe che si richiede possano essere rappresentanti dal promotore della classe indicato alla lettera b), con l'indicazione di nome cognome e documentazione del danno*: si trattava di una modalità attraverso la quale consentire una delimitazione soggettiva dei componenti la classe, in modo tale da non estendere gli effetti del giudicato ad una serie indefinita di soggetti che non partecipano al giudizio.

classe affidando ad un soggetto terzo la gestione di fasi e attività di garanzia per la classe dei soggetti danneggiati¹⁴³.

Risultava, infine, molto dettagliata anche la disciplina della esecuzione della sentenza di condanna e del riparto del risarcimento: posto che il collegio, in caso di condanna avrebbe determinato *i criteri in base ai quali deve essere fissata la misura dell'importo da liquidare in favore dei singoli componenti della classe*, coloro che presentavano i requisiti per partecipare alla classe e quindi ottenere il risarcimento del danno¹⁴⁴, avrebbero dovuto entro

¹⁴³ In particolare erano indicati quali compiti del curatore amministrativo ai sensi dell'art 8: *a) tenere un elenco informatico di tutte le richieste di partecipazione alla classe;b) indire, in caso di proposta transattiva da sottoporre al giudizio della classe, la votazione della stessa;c) procedere al riparto delle somme eventualmente ottenute dalla classe fra i partecipanti alla stessa in proporzione al danno da ciascuno documentato.*

2. Una volta conclusa l'azione collettiva, con sentenza o con atto transattivo stragiudiziale, il curatore amministrativo, ai fini dell'esecuzione della sentenza o dell'atto transattivo, ha il potere di rappresentare la classe davanti all'autorità giudiziaria.

3. Le parti, e ciascun partecipante alla classe, possono nominare, a proprie spese, un consulente di parte che controlli lo svolgimento dei compiti del curatore amministrativo.

4. Il curatore amministrativo deve fornire tutte le informazioni utili ai partecipanti alla classe affinché siano sempre informati sullo svolgimento del processo e sui propri diritti. Tali informazioni possono essere fornite anche attraverso dispositivi telematici.

¹⁴⁴ Ottenuto non solo tramite la sentenza, ma anche attraverso l'approvazione di un accordo transattivo in corso di causa.

centottanta giorni dalla pubblicazione della sentenza¹⁴⁵ presentare istanza di ammissione alla classe, momento ultimo per esercitare l'*opt-in*. Era, invece, compito del curatore amministrativo compiere tutti gli atti necessari per dare esecuzione al decreto di condanna nei confronti del convenuto, emanato dal giudice relatore, potendo, in caso di mancata spontanea esecuzione dello stesso, agire esecutivamente avvalendosi del legale che aveva curato l'azione collettiva, e ottenuta l'esecuzione liquidare la somma dovuta ai singoli componenti della classe in ordine di iscrizione¹⁴⁶.

¹⁴⁵ O dall'approvazione della transazione.

¹⁴⁶ E nel caso di conferimento di danni punitivi ripartendo tale somma aggiuntiva, in percentuale del danno emergente documentato ad ciascun componente la classe.

Capitolo III

L'AZIONE DI CLASSE ED IL NUOVO ART. 140BIS COD. CONSUMO

Indice: 1. *Introduzione*- 2. *I diritti tutelabili con l'azione di classe* - 3. *La legittimazione attiva*- 3.1. *Segue. La legittimazione passiva*- 4. *Atto introduttivo del giudizio* - 5. *Competenza giudiziale*- 6. *La prima udienza e il giudizio di ammissibilità*- 7. *L'ordinanza che ammette l'azione di classe* - 8. *L'adesione all'azione di classe*- 9. *Le altre forme di partecipazione all'azione di classe. Il divieto d'intervento e la proposizione di ulteriori azioni collettive* - 10. *Lo svolgimento del processo e gli accordi transattivi*- 11. *La sentenza* - 11.1. *Segue. La determinazione del "quantum"*- 12. *Le rilevanti lacune normative. L'assenza della disciplina sulle impugnazioni* - 12.1. *Segue. La tutela cautelare* - 13. *Giudicato*

1. Introduzione:

A seguito delle istanze provenienti, non solo dagli operatori del diritto, ma altresì dalle stesse forze politiche che avevano sostenuto l'introduzione dell'azione collettiva risarcitoria, il legislatore ha più volte protratto l'entrata in vigore del vecchio strumento processuale introdotto con la finanziaria del 2008, D.Lgs. 6 Settembre, n. 206, introdotto

dalla l. 24 Dicembre 2007 n. 244, art. 2, comma 446. Il precedente istituto dell'azione collettiva risarcitoria ha subito, infatti, diversi rinvii disposti dalla legge n. 133 del 2008, dalla legge n. 14 del 2009 ed infine dal decreto anticrisi (art. 23, comma 16, d.l. n. 78 del 2009). Contestualmente si era avviato un processo di modifica dell'istituto considerato uno strumento che aveva dato vita ad «una disciplina per alcuni aspetti poco chiara e che rischia di essere poco efficace»¹⁴⁷.

In tale contesto si inserisce l'art. 49 della legge 23 luglio 2009 n. 99 (G.U. n. 176 del 31/07/2009) che ha modificato l'art. 140-*bis* del codice del consumo, dettando la disciplina della nuova azione di classe¹⁴⁸.

¹⁴⁷ D'AMBROSI I., LAURIA M., *L'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori (class action), il decreto legge «mille proroghe» e il gioco dell'oca*, Fam. Pers. e Succ., 2009, n. 2, p. 190.

¹⁴⁸ Così come la genesi della precedente formulazione dell'istituto, anche l'ultima modifica è segnata da un'introduzione inaspettata e senza alcuna attenzione ai lavori che si svolgevano già dalla fine del 2008, proprio in prospettiva di riforma dell'azione collettiva risarcitoria, nella II° Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, e che avevano condotto all'approvazione di un testo unificato dei diversi ddl presentati adottato come testo base. Nel corso dell'esame al Senato del disegno di legge S.1195 (C.1441 TER), collegato alla finanziaria, recante "*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*" venne approvato dalla X° Commissione permanente, Industria, commercio, turismo, l'emendamento di iniziativa governativa n. 30.0.01 che modifica l'art. 140-bis del D.Lgs n. 205 del

Così come la genesi della precedente formulazione dell'istituto dell'azione collettiva risarcitoria, anche l'azione di classe è segnata da un'introduzione inaspettata e senza alcuna attenzione ai lavori che si svolgevano già dalla fine del 2008 nella II° Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, proprio in prospettiva di riforma dell'azione collettiva risarcitoria, e che avevano condotto all'approvazione di un testo unificato dei diversi ddl presentati adottato come testo base¹⁴⁹.

Nel corso dell'esame al Senato del disegno di legge S.1195 (C.1441 TER), collegato alla finanziaria, recante *“Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione*

2006. Tale nuova formulazione dell'istituto, pur a fronte delle critiche mosse anche a seguito della successiva approvazione dell'emendamento sulla sua irretroattività, è stato poi successivamente approvato nel suo secondo passaggio alla Camera, nonostante il biasimo non solo riguardo al metodo di introduzione, ma anche e soprattutto al contenuto ed alle scelte che ne ispirano la *ratio*. Ciò non di meno le rassicurazioni da parte di esponenti del governo sulla necessità di una ridiscussione della soluzione normativa ha spinto gli stessi parlamentari di maggioranza ad adottare una soluzione *soft* di non aperto contrasto al nuovo istituto (si vedano in tal senso i resoconti delle sedute che hanno condotto all'approvazione dell'art. 49 del ddl 1441-ter-B sia nella formulazione del parere da parte della II° Commissione Giustizia, sia in generale nel suo secondo passaggio in aula alla Camera dei deputati).

¹⁴⁹ Si tratta dei disegni di legge n. 1845/XVI/C - ad iniziativa dell'on. Di Pietro - n. 1824/XVI/C - ad iniziativa dell'On. Mantini - e n. 410/XVI/C - ad iniziativa dell'On. Contento.

delle imprese, nonché in materia di energia” venne approvato dalla X° Commissione permanente, Industria, commercio, turismo, l’emendamento di iniziativa governativa n. 30.0.01 che modifica l’art. 140-*bis* del D.Lgs n. 205 del 2006. Tale nuova formulazione dell’istituto, pur a fronte delle critiche mosse anche a seguito della successiva approvazione dell’emendamento sulla sua irretroattività, è stato poi successivamente approvato nel suo secondo passaggio alla Camera, nonostante il biasimo non solo riguardo al metodo di introduzione, ma anche e soprattutto al contenuto ed alle scelte che ne ispirano la *ratio*. Ciò non di meno le rassicurazioni da parte di esponenti del governo sulla necessità di una ridiscussione della soluzione normativa hanno spinto gli stessi parlamentari di maggioranza ad adottare una soluzione *soft* di non aperto contrasto al nuovo istituto¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Si vedano in tal senso i resoconti delle sedute che hanno condotto all’approvazione dell’art. 49 del ddl 1441-ter-B sia nella formulazione del parere da parte della II° Commissione Giustizia, sia in generale nel suo secondo passaggio in aula alla Camera dei deputati

Il Parlamento ha dato vita ad uno strumento processuale che si aggiunge alla precedente tutela individuale, potendo alternativamente essere attivata dal soggetto danneggiato¹⁵¹ ovvero dalle associazioni o comitati muniti di apposito mandato. Tale nuovo istituto sembra costituire una scelta non estrema, con soluzioni, invero, in taluni casi senza dubbio criticabili per la *ratio* “politica” che riflettono, ma in ogni caso attente alle diverse esigenze in gioco. Da una parte le esigenze dei consumatori bisognosi di una tutela processuale che renda effettivo il proprio diritto di difesa, specie in caso di controversie seriali di lieve entità, le c.d. *small claims*, una legittimazione attiva maggiormente estesa e non limitata solo ad associazioni – riconosciute, ovvero non riconosciute- una sentenza di condanna al risarcimento che sembra superare lo scoglio del doppio tempo di tutela che limitava l’istituto nella precedente formulazione¹⁵². Dall’altra l’attenzione per il convenuto e per la necessità che

¹⁵¹ Come recita il comma 1 dell’art. 49 l. 99 del 2009 “*I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l’azione di classe*”.

¹⁵² Quanto alla riduzione effettiva dei tempi di tutela e dei costi di accesso alla giustizia.

l'azione di classe non si traduca in uno strumento che arreca forti turbative di mercato¹⁵³, prevedendo non solo meccanismi preclusivi alla riproposizione dell'azione, ma anche condanne aggravate al pagamento delle spese processuali in caso di inammissibilità dell'azione proposta.

Si può, quindi, sostenere che la nuova formulazione dell'art. 140-*bis* costituisca il frutto di una scelta evidentemente innovativa e che tuttavia, allo stato attuale dell'evoluzione legislativa, rappresenta un'innovazione prudente. E tuttavia i dubbi emergenti e le vere e proprie lacune normative della *class action* italiana sono molteplici, tale da rendere difficile prevedere una piena e fruttuosa applicazione della nuova disciplina.

Un tessuto normativo ed ordinamentale come quello processuale necessita, proprio in ragione dell'estraneità dell'argomento alla cultura giuridica di riferimento, di soluzioni dettagliate e meno lasciate a tentativi di

¹⁵³ In senso più moderato Assonime parlava del modello precedente di azione collettiva risarcitoria nel dicembre 2006 come strumento che avrebbe incentivato il rischio di creare «artificiali incentivi alla litigiosità nei confronti delle imprese e degli intermediari finanziari».

applicazioni analogiche, ovvero a soluzioni di sistema che, indipendentemente dall'eventuale correttezza, rappresenterebbero senza dubbio un vero "salto nel buio". E ciò senza considerare come soluzioni lasciate interamente all'interpretazione giurisprudenziale rischino di costruire, almeno nella primissima fase di applicazione, un istituto processuale non unitario, ma variegato e con possibilità di riuscita certamente diverse.

L'approccio dello studioso con tale disciplina sconta il paradosso di commentare un istituto le cui soluzioni normative -nonostante il dibattito giuridico si sia aperto da diversi anni- mai sono entrate in vigore¹⁵⁴, e che quindi

¹⁵⁴ La precedente versione dell'azione collettiva risarcitoria di cui all'art. 140-bis del codice del consumo prevedeva la sua entrata in vigore nel giugno del 2008, ma tale termine ha subito una serie di successivi rinvii semestrali che ne hanno impedito la piena operatività. In particolare la legge finanziaria del 2008, che ha introdotto la precedente formulazione dell'istituto, prevedeva che le disposizioni di cui ai commi da 445 a 449 (*rectius* l'azione collettiva risarcitoria) sarebbero divenute efficaci decorsi 180 giorni dalla data di entrata in vigore della legge, quindi a partire dal 1° luglio 2008. L'iniziale termine è stato però prorogato da due interventi legislativi successivi, che hanno modificato entrambi l'art. 2, co. 447, della Legge Finanziaria 2008: dapprima la legge n. 133/2008 (art. 36), con cui si prevedeva che l'azione collettiva sarebbe divenuta efficace "decorso un anno" dall'entrata in vigore della Finanziaria (1° gennaio 2009); in seguito la legge n. 14/2009 (art. 19), con cui si prevedeva che l'azione collettiva sarebbe divenuta efficace "decorsi diciotto mesi" dall'entrata in vigore della Finanziaria (1° luglio 2009). Da ultimo il decreto anticrisi (art. 23, co. 16, DL n. 78/2009) ha seguito la stessa traccia dei precedenti interventi, sostituendo le parole "decorsi

sconta la mancanza di un banco di prova fondamentale come quello dell'applicazione giurisprudenziale¹⁵⁵. Un primissimo esame della nuova disposizione¹⁵⁶ evidenzia già come la scelta del legislatore italiano sia orientata ad una soluzione meno in linea con la tradizionale forma di tutela

diciotto mesi” con quelle “decorsi ventiquattro mesi”, prorogando così l'efficacia della *class action* al 1° gennaio 2010. In conclusione, le prime azioni di classe potranno essere concretamente promosse solo a partire dal 1° gennaio 2010, ma potranno avere ad oggetto pretese risarcitorie derivanti da illeciti commessi a partire dal 15 agosto 2009, data di entrata in vigore della Legge Sviluppo.

¹⁵⁵ La polemica sollevata sul tema dell'irretroattività della norma, pur essendo criticabile la scelta politica del legislatore, non sembra dal punto di vista dell'analisi giuridica di grande rilievo. Dettando, l'azione di classe, una disciplina processuale, la sua entrata in vigore avrebbe permesso l'applicazione anche ad illeciti commessi precedentemente ed i cui diritti risarcitori derivanti non fossero prescritti. Il legislatore ha operato una scelta diversa, criticabile, ma non in generale incostituzionale. Nel senso della sua incostituzionalità, per violazione dell'art. 3 della Cost., in quanto «irragionevole eccezione», CAPONI R., *Il nuovo volto della class action*, Foro. It., 2009, V, p. 383.

¹⁵⁶ Il testo del nuovo art. 140-bis del codice del consumo così come modificato dall'art. 49 della legge 23 luglio 2009 n. 99 così recita: «*Art. 140-bis. - (Azione di classe). - 1. I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.*

2. L'azione tutela:

a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;

b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;

c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da

collettiva risarcitoria adottata dai principali sistemi di *civil law* e diretta al contrario, seppur con le rilevanti differenze che si analizzeranno, alla costruzione di un modello dell'istituto più vicino alla *class action* americana¹⁵⁷.

L'interprete si trova dunque di fronte ad un nuovo istituto le

comportamenti anticoncorrenziali.

3. *I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore. L'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15. L'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, lettera b). Gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione.*

4. *La domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale.*

5. *La domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità.*

6. *All'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonchè quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.*

7. *L'ordinanza che decide sulla ammissibilità è reclamabile davanti alla corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore. Sul reclamo la corte d'appello decide con ordinanza in camera di consiglio non oltre*

cui soluzioni normative sembrano porsi in contrasto con la tradizionale lettura di principi cardine del nostro ordinamento, e che devono pertanto, a mio giudizio, essere inquadrare superando il più ragionevole istinto alla circoscrizione in precedenti categorie processuali. La tutela

quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il reclamo dell'ordinanza ammissiva non sospende il procedimento davanti al tribunale.

8. Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile, e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente.

9. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda. Con la stessa ordinanza il tribunale:

a) definisce 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;

b) fissa un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria. Copia dell'ordinanza è trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico che ne cura ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito internet.

10. È escluso l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 del codice di procedura civile.

11. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

12. Se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. In caso

collettiva di nuova elaborazione sostiene istanze di tutela che l'ordinamento processuale italiano sino ad oggi non è sembrato in grado di soddisfare¹⁵⁸, sia per carenze fisiologiche sia per un'incapacità strutturale e genetica della classica struttura processuale. Si pensi, ad esempio, al

di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate. La sentenza diviene esecutiva decorsi centottanta giorni dalla pubblicazione. I pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza.

13. La corte d'appello, richiesta dei provvedimenti di cui all'articolo 283 del codice di procedura civile, tiene altresì conto dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori, nonché delle connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame. La corte può comunque disporre che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la somma complessivamente dovuta dal debitore sia depositata e resti vincolata nelle forme ritenute più opportune.

14. La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. È fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva. Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9. Quelle proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.

15. Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo».

2. Le disposizioni dell'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, si applicano agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge.

fenomeno delle c.d. *small claims*¹⁵⁹, laddove oggi appare semplicemente doveroso, ai sensi dell'art. 24 della Costituzione, favorire efficaci ed effettive forme di tutela, proprio in quanto diritti soggettivi che rischiano di non ottenere un'efficiente tutela con le comuni normative

¹⁵⁷Con brutale approssimazione si può riferire che la *class action* e l'azione collettiva risarcitoria rappresentano la *summa divisio* tra i modelli realizzativi la tutela collettiva risarcitoria, ma riprendono anche il discrimine tra ordinamenti di *common law*, espressione della tradizione giuridica dei paesi anglosassoni, e di *civil law*, che fondano i loro principi nella cultura giuridica romano germanica. L'azione collettiva risarcitoria, la cui più sperimentata applicazione è costituita da un ordinamento come quello brasiliano, con tradizione giuridico culturale di *civil law*, è caratterizzata da una tutela collettiva che consente generalmente l'esercizio dell'azione ad organi o soggetti istituzionali rappresentativi della categoria dei consumatori e con una struttura di tutela "a due tempi" in cui ad una prima fase di condanna illiquida e di accertamento della responsabilità del convenuto segue una seconda fase di tutela in cui il singolo consumatore agisce facendo valere, *secundum eventum litis*, la sentenza collettiva per ottenere il risarcimento dovuto. Il modello della *class action* è al contrario orientato al riconoscimento dell'azione a ciascun componente del gruppo dei danneggiati, rispetto ai quali il *class representative* assume una sorta di rappresentanza paraorganica che si estende a ciascun componente, salvo esercizio del diritto di uscita dalla *class action*, o *opt-out*, e che comporta una unitaria sentenza finale di condanna al risarcimento del danno con efficacia *erga omnes*, la cui fase esecutiva non segue le vie giudiziali, ma viene affidata ad una autorità amministrativa di nomina giudiziale.

¹⁵⁸ Quanto alle forme di tutela collettiva già presenti nel nostro ordinamento è stato rilevato (CAPONI R., *La riforma della «class action»*. *Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, su www.judicium.it; o ancora CAPONI R., *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, op. cit., p. 281) come il sistema processuale italiano abbia già sperimentato una azione collettiva strutturata e concretamente adoperata come azione collettiva risarcitoria. Il riferimento è all'azione collettiva contenuta nell'art. 140 del cod. cons., che consente al giudice di ottenere un provvedimento giudiziale diretto ad adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate. Nell'aprile del 2008 un'associazione dei consumatori, agendo in richiesta di un provvedimento cautelare ex

processuali, che vanno pertanto attualizzate. In questo senso vanno interpretati i principi, precedenti ed attuali, quali il contraddittorio ed il giudicato¹⁶⁰, come anche l'istituto dei danni punitivi¹⁶¹, marcando la circostanza che essi non debbono rimanere regole a se stanti, dei postulati, ma dei

art. 140 comma 8 nei confronti dell'emittente *pay Tv Sky Italia s.r.l.*, ottenne un provvedimento con cui l'autorità giudiziaria condannava, ex art. 140, comma 1, lett. b) cod. cons., la convenuta a restituire agli abbonati le somme di denaro, indebitamente percepite rispetto alle pattuizioni contrattuali, per l'automatico invio di nuova rivista con i programmi televisivi.

Si è ritenuto quindi che in tal modo si fosse applicata all'interno dell'ordinamento italiano un'azione di classe risarcitoria con sistema di partecipazione agli esiti della tutela mediante meccanismo di *opt-out*. Le perplessità che in realtà una tale forma di tutela suscita sono molteplici e pongono in dubbio la reale efficacia risarcitoria della condanna. Anzitutto occorrerebbe chiedersi se il singolo consumatore possa agire per ottenere il rispetto del provvedimento giudiziale. In secondo luogo, pur se il meccanismo delineato è stato qualificato come di *opt-out*, non sembrano manifestarsi caratteristiche dell'istituto che permettano al singolo di auto-escludersi da una efficacia vincolante, diretta ed immediata degli effetti della pronuncia, trattandosi semmai dell'operare del classico meccanismo di giudicato *secundum eventum litis*, che nulla ha a che vedere con il diritto di esclusione dalla classe attrice. In realtà la più evidente differenza rispetto ad una tutela collettiva risarcitoria che tuteli collettivamente le pretese dei singoli utenti e consumatori danneggiati, consiste nel fatto che il meccanismo delineato nell'art. 140 del cod. cons. attribuisce una forma di tutela alle sole associazioni per la tutela di una situazione giuridica che necessariamente si diversifica rispetto ai più volte richiamati diritti individuali omogenei e che rispetto alla neointrodotta azione di classe necessita di un'attenta coordinazione.

¹⁵⁹ Tipica espressione anglosassone per riferirsi alle lesioni seriali che coinvolgono innumerevoli soggetti, ma la cui lieve entità individuale rende difficoltoso controproducente, e quindi di fatto esclusa, ogni forma di tutela giudiziaria.

¹⁶⁰ Sia in diritto civile che processuale.

¹⁶¹ I danni punitivi costituiscono una categoria di danni risarcibili sovracompensativi che il nostro ordinamento non prevede, e rispetto a cui si appuntano le critiche di diversi studiosi, si veda per tutti RESCIGNO P., *Sulla compatibilità tra il modello processuale della class action ed i*

precetti tesi alla migliore tutela del diritto soggettivo; precetti pertanto eventualmente da rileggere innovativamente e con decisione, ancorché certo dopo attente riflessioni, ove l'applicazione degli stessi potesse creare problemi alla tutela del diritto.

2. I diritti tutelabili con l'azione di classe

L'esame dei profili e dei limiti oggettivi della nuova azione di classe, porta anzitutto ad evidenziare come il legislatore italiano abbia optato, già con riferimento ai soggetti tutelabili, per una restrizione del campo di applicazione

principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano, op. cit., p. 2228. In realtà è stato rilevato da altri studiosi (si veda GIUSSANI A., *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2008 n. 1, p. 240), come «l'osservazione del diritto positivo sembra consentire in realtà di discernere varie fattispecie in cui già oggi in Italia la quantificazione della sanzione pecuniaria civile è correlata non al pregiudizio patrimoniale o morale inflitto dall'illecito, ma – in funzione di stretta deterrenza - alla riprovevolezza della condotta del suo autore», volendosi riferire in tal senso tra le altre alla novellazione dell'art. 385 c.p.c. In un'altra opera (si veda GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, p. 23 ss.), l'A. evidenzia la presenza all'interno del nostro ordinamento di disposizioni normative che contemplano sempre di più forme di pene pecuniarie private, come ad esempio la sanzione pecuniaria civile in caso di inottemperanza al provvedimento inibitorio a tutela di interessi collettivi in materia di ritardi nei pagamenti di transazioni commerciali. Per un esame dei danni punitivi nel sistema nordamericano si veda BENATTI F., *Danni punitivi e «class action» nel diritto nordamericano*, in An. Giur. Econ., 2008, n. 1, p. 231 ss.

della normativa, ripercorrendo la strada oramai avviata dalla precedente formulazione dell'istituto. Recita, infatti, il comma 1 dell'art. 140-bis che *i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe*. Questa scelta sembrerebbe escludere tipologie di illeciti che operano e si estendono nei confronti di soggetti diversi dai consumatori e dagli utenti, come le cause ambientali¹⁶². In particolare, l'inserimento della disposizione all'interno del codice del consumo, segnala una scelta di politica legislativa a tutela dei consumatori, che è volta a costruire dei meccanismi processuali e qualificare le relative parti in ragione dalla

¹⁶² Solo per fare qualche esempio, si pensi all'ipotesi in cui dallo svolgimento di attività industriali si siano prodotte, a danno cittadini del luogo, forme di neoplasie riconducibile alle modalità di svolgimento dell'attività imprenditoriale. Tali soggetti non potranno essere qualificati, alla stregua del codice del consumo, quali consumatori ovvero utenti, essendo il rapporto che lega gli stessi al presunto danneggiante unicamente riconducibile al criterio di residenza nei luoghi di esercizio dell'attività dannosa. In tal caso, dunque, sarebbe escluso da parte dei soggetti danneggiati l'esercizio di un'azione di classe per la tutela del diritto alla salute e per ottenere quindi il risarcimento dei danni, con la residua possibilità di agire unicamente con le forme tradizionali di tutela individuale. Si pensi ancora ai parenti delle vittime causate da prodotti difettosi, vedi BUZZELLI P.- BONA M., in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 76. In tal caso, a differenza della precedente disciplina, non potrebbero escogitarsi forme di partecipazione per tali soggetti quali intervenienti, posto che la nuova formulazione dell'art. 140-bis, comma 10, esclude l'intervento in giudizio ex art. 105 c.p.c.

categoria di riferimento¹⁶³, e dunque a partire dalla disciplina di diritto sostanziale. Si tratta di una scelta tipica nei sistemi di *civil law*, che si è accresciuta in ambito europeo, specialmente riguardo alla tutela collettiva¹⁶⁴.

¹⁶³ In dottrina (si veda BUZZELLI P. - BONA M., in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 61 ss.), è stata avanzata la ripartizione tra *modelli privi di delimitazioni dell'ambito operativo*, o ad applicazione generalizzata, elaborati a prescindere dall'appartenenza dei soggetti tutelati a particolari categorie, e *modelli ad applicazione settoriale*, in cui la tutela è circoscritta a particolari classi.

¹⁶⁴ È sintomatico notare come nei sistemi di *common law*, la tutela collettiva risarcitoria non abbia assunto alcuna limitazione oggettiva che originasse dalla delimitazione dei potenziali soggetti danneggiati, dettando norme processuali la cui applicazione opera *erga omnes*. Ed infatti, mentre una serie di strumenti di tutela collettiva risarcitoria si caratterizzano per essere classiche norme processuali inserite nei codici di rito [si pensi alla *class action* americana dettata dall'art. 23 della *Federal Rules of Civil procedure*, le *class proceedings* canadesi dallo *Uniform Class Proceeding Act 1996*, le *class actions* australiane dalla *Federal Court of Australia Amendment act 1991*, no. 181, § 3, e dal *Supreme Court Rules 1999*, ch. 1, am. 11, nonché la disciplina che ha dato la luce alla *Group Litigation*, introdotta con legge in Inghilterra e Galles nel maggio del 2000 e subentrata alla Rule 19.6 del *Civil Procedure Rules*], i sistemi giuridici di *civil law*, (tra cui il Brasile con il *Codice di Difesa del Consumatore* del 1990, il cui titolo III è dedicato alla *difesa del consumatore in giudizio*, la Francia con l. 60 del 1992 che ha introdotto, nel *Code de la Consommation*, la c.d. *Action en Représentation Conjointe* (art. 422-1, 2 e 3), nonché il nostro ordinamento) hanno dettato discipline processuali riferite alla categoria dei consumatori. Fanno eccezione in tal senso l'ordinamento spagnolo con la legge di riforma del Codice di Procedura Civile del 2000, che ha introdotto le azioni collettive risarcitorie per ottenere il risarcimento del danno subito dai consumatori da uno stesso evento dannoso (legge n. 1 c.d. *Ley de Enjuiciamiento Civil*) inserita nel c.p.c. ma riferita alla categoria dei consumatori, nonché l'ordinamento tedesco che ha dettato una disciplina settoriale e specifica per gli illeciti finanziari con la *Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren* del 2005, introdotta in Germania come disciplina processuale a tutela degli

Inoltre, il riferimento ai consumatori e agli utenti¹⁶⁵ porterebbero a ritenere non facilmente valicabili i limiti di estensione soggettiva della nuova disciplina a soggetti diversi rispetto a quelli esplicitamente evocati¹⁶⁶.

La nuova azione di classe s'incentra su una situazione giuridica soggettiva diversa rispetto alla precedente versione dell'azione collettiva risarcitoria, segnando così una significativa trasformazione della tipologia di tutela collettiva dei consumatori. Mentre il precedente art. 140 *bis* del cod.cons. attribuiva la legittimazione ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti¹⁶⁷, l'attuale formulazione normativa è rivolta alla tutela dei

investitori.

¹⁶⁵ Tuttavia, come rilevato in dottrina, anche con riferimento a tali nozioni emerge una variazione semantica che muta in relazione alla diversa materia disciplinata. Esistono infatti diverse definizioni di consumatore di utente nella disciplina delle informazioni commerciali, nei pacchetti turistici, delle pratiche commerciali scorrette del testo unico bancario etc, in tal senso si veda CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, in VIGORITI V., CONTE G., *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, Torino, 2010, p. 40 ss.

¹⁶⁶ Si veda in tal senso, VIGORITI V., *Finalmente, l'azione di classe. Primi rilievi*, in VIGORITI V., CONTE G., *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, op. cit., p. 21., il quale tenta, tuttavia, di superare tali limitazioni in relazione circostanza che sarebbe illegittimo negare la tutela collettiva a chi si trovi nella stessa posizione di debolezza sostanziale dei consumatori degli utenti.

¹⁶⁷ Si veda in tal senso l'art. 2 comma 446 n. 1 della legge 244 del 2007.

diritti individuali omogenei, dando ingresso esplicito alla categoria in oggetto all'interno del nostro ordinamento. Si tratta di situazioni giuridiche¹⁶⁸ attribuite ai membri di una classe, in cui i diritti dei singoli sono diversi e distinti tra di loro, ma dipendono tutti da una comune questione di fatto o diritto capace di rendere possibile un provvedimento giurisdizionale di contenuto uniforme e i cui elementi caratterizzanti, ai fini della tutela collettiva, sono i requisiti dell'origine comune e dell'omogeneità, come preminenza delle questioni comuni o collettive su quelle individuali¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Già oggetto della disciplina del codice di difesa del consumatore brasiliano, che ne rappresenta la maggiore forma espressiva. Senza addentrarsi nelle complesse problematiche che il loro studio e approfondimento richiederebbe, occorre solo rilevare come l'ordinamento brasiliano individua tali tipologie di situazioni giuridiche da una fondamentale distinzione tra le stesse e “gli interessi o diritti diffusi”, quali situazioni subbietive trans individuali, la cui titolarità appartiene a persone indeterminate e fra loro legate da mere circostanze di fatto, e “gli interessi o diritti collettivi”, la cui titolarità va invece attribuita ad una categoria, un gruppo o una classe di persone legate fra di loro -ovvero con la controparte- da un vero e proprio rapporto giuridico di base, in tal senso COMOGLIO L. P., *Aspetti processuali della tutela del consumatore*, in Riv. Dir. Proc. 2007 n. 2 p. 320.

¹⁶⁹ Si veda in tal senso PELLEGRINI GRINOVER, *Dalla class action for damage all'azione di classe brasiliana (i requisiti di ammissibilità)*, Riv. Dir. Proc., 2000, fasc. 4, vol 55, p. 1070. Danno una definizione analoga di diritti individuali omogenei anche COMOGLIO L. P., *Aspetti processuali della tutela del consumatore*, op. cit. p. 319 ss.; PETRILLO C., *La tutela degli interessi collettivi e dei diritti individuali omogenei nel processo societario*, Riv. Dir. Proc., 2006, fasc. 1, vol 61, p. 149; AMADEI D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, op. cit.; CAPONI R., *Azioni collettive: interessi protetti e modelli*

In realtà, occorre dire come la concreta strutturazione dell'azione collettiva risarcitoria, elaborata dal legislatore italiano nella precedente versione dell'art. 140-*bis*, fosse stata considerata, più che come azione diretta alla tutela di un interesse collettivo, come diretta *«ad assicurare pienezza alla tutela risarcitoria di quanti siano direttamente pregiudicati dall'illecito del convenuto nella misura prevista dalla legislazione sostanziale preesistente»*, sembrando quindi *«inevitabile concludere che essa si qualifichi come strumento di tutela di diritti individuali omogenei, e non di situazioni di vantaggio superindividuale»*¹⁷⁰. In tale ultimo senso trovava

processuali di tutela, op. cit., p. 1218, il quale così definisce l'interesse individuale omogeneo: «non è interesse verso un unico bene collettivo, non suscettibile di appropriazione e godimento esclusivi; bensì verso un bene individuale. Esso sorge dopo il verificarsi di un illecito plurioffensivo ed è tensione della volontà, propria in modo identico in più soggetti lesi, verso un bene individuale ristoratore».

¹⁷⁰ Si veda GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c. cons.*, op. cit., p. 1229. L'A., infatti, parte dalla considerazione che le azioni collettive risarcitorie possano considerarsi dirette alla tutela di situazioni di vantaggio individuali omogenee sia di situazioni di vantaggio superindividuali. Perché l'azione collettiva possa però qualificarsi come diretta ad ottenere tale vantaggio occorre che essa preveda strumenti di deterrenza di condotte dannose per la collettività, quale il danno punitivo. L'assenza di alcuna previsione di danno punitivo nell'azione collettiva risarcitoria di cui all' art. 140-bis del D.Lgs. 6 Settembre, n. 206, introdotto dalla l. 24 Dicembre 2007 n. 244, art. 2, comma 446, portava alla considerazione che tale strumento processuale non fosse diretto alla tutela di interessi collettivi.

fondamento quella critica rivolta alla forma di legittimazione ad agire limitata alle sole associazioni di consumatori, dettata dalla disposizione precedente, riguardo a situazioni giuridiche soggettive di cui fossero direttamente portatori i singoli danneggiati¹⁷¹.

La struttura dell'azione di classe, almeno nei modi elaborati dal legislatore italiano, ha ad oggetto pretese individuali, con caratteristiche diverse dalla natura dell'interesse collettivo che, secondo l'opinione prevalente, trova riconoscimento in altri strumenti di tutela¹⁷². In tal senso, si ricorda la distinzione elaborata in dottrina¹⁷³ tra interessi multividuali ed interessi ultraindividuali. La tutela degli

¹⁷¹ L'attribuzione ad agire per la tutela di interessi superindividuali alle associazioni dei consumatori -come nel caso delle azioni inibitorie al fine di sanzionare l'inserimento nei contratti standard di clausole vessatorie- trova perfetta corrispondenza e coerenza logica con la natura della situazione fatta valere. In tal caso come sostiene CAPONI R., *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, op. cit., p. 1216, l'attribuzione della legittimazione ad agire riconosciuta alle associazioni è diretta «a supplire alla carenza di un diritto soggettivo individuale e quindi al difetto della legittimazione ad agire in capo ad essi, nei casi- come questi- in cui si è inteso anticipare la soglia di intervento della tutela giurisdizionale civile rispetto al verificarsi della lesione o del pericolo di lesione del bene individuale».

¹⁷² Si pensi all'interesse collettivo oggetto dell'azione collettiva inibitoria e disciplinato dall'art. 140 del cod. consumo.

¹⁷³ Si veda in tal senso CONSOLO C., *Class action Fuori dagli U.S.A.?*, Riv. Dir. Civ. 1993, fasc. 5, Vol. 39, p. 609 ss.

interessi collettivi sembra diretta ad un bene della vita che è ulteriore e diverso dall'interesse del singolo componente della categoria, avendo come contenuto una pretesa riguardante la categoria dei danneggiati, i quali possono aver già subito una lesione, ovvero essere potenziali soggetti danneggiati, comportando ciò una non perfetta coincidenza tra oggetto della tutela collettiva e diritto del singolo. In tal senso è esplicativa l'interpretazione del concetto di interesse collettivo elaborata in dottrina che individua il bene oggetto della tutela nel suo carattere insuscettibile di appropriazione esclusiva¹⁷⁴ anche se l'argomento dovrà essere oggetto di attenta rimediazione, poiché contrapposte ed assai convincenti letture delle soluzioni soggettive alla base dell'azione di cui all'art. 140 richiama a privilegiare l'interesse personale del singolo consumatore all'esperimento di un'azione inibitoria di utilità generale.

Quale che sia il fondamento della disciplina che regola la fattispecie di cui all'art. 140 cod. cons.,

¹⁷⁴ Si veda in tal senso GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, op. cit., p. 17.

comunque, la pretesa oggetto dell'azione di classe di cui all'art. 140-*bis* -ovvero più in generale la tutela collettiva risarcitoria- si caratterizza fortemente per il carattere precipuamente (ma non per forza esclusivamente) individuale¹⁷⁵. L'interesse è dunque la somma degli interessi dei componenti della classe dei danneggiati e dunque si struttura come un interesse multindividuale¹⁷⁶. Aspetto consequenziale a quanto sopra esposto è il rilievo secondo cui, proprio la natura dei diritti individuali omogenei, può

¹⁷⁵ È, invero, ben possibile che il risarcimento collettivo presenti, oltre alla soddisfazione delle pretese dei soggetti danneggiati, anche ulteriori caratteristiche che siano volte a soddisfare interessi meno individuali e diretti maggiormente a garanzia della classe, ovvero ancora della collettività. Ciò accade negli ordinamenti che prevedono il risarcimento anche con applicazione del danno punitivo. Ad uno sguardo attento però emerge come il risarcimento dei danni punitivi sia un elemento non essenziale ed accessorio alla tutela collettiva risarcitoria, che è sempre finalizzata al ripristino del danno sofferto dal singolo componente della classe e che solo indirettamente apporta vantaggi alla classe dei soggetti danneggiati. In altre parole nell'azione collettiva risarcitoria il ruolo del singolo è principalmente qualificato in relazione alla posizione di danneggiato e non di componente di una categoria. Si veda in tal senso, quanto esposto da GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c. cons.*, op. cit., p. 1229, sopra richiamato in nota 21.

¹⁷⁶ L'analisi delle diverse esperienze realizzative dimostra però che non necessariamente il ruolo individuale dell'interesse perseguito con la tutela collettiva risarcitoria incide sulla determinazione del *quantum*, che può sia essere specifico ed individuale, sia globale, rappresentando ciò unicamente una scelta processuale dei diversi ordinamenti.

incidere sulle diverse soluzioni rinvenibili riguardo agli aspetti processuali non disciplinati dal legislatore¹⁷⁷.

Non sembra, però, il riferimento alla tutela dei diritti individuali omogenei¹⁷⁸ a suscitare perplessità applicative, quanto invece i successivi e reiterati riferimenti disposti dal legislatore all'espressione "diritti identici"¹⁷⁹. Il legislatore,

¹⁷⁷ Aspetti quali, ad esempio, la disciplina delle transazioni tra le parti in causa, non disciplinati dal legislatore, troverebbero, infatti, soluzioni diverse, ove l'interprete analizzasse uno strumento processuale come l'azione collettiva risarcitoria ovvero al contrario ove oggetto di analisi fosse uno strumento processuale esclusivamente e direttamente volto alla tutela di interessi collettivi. In un procedimento che avesse ad oggetto la tutela esclusiva degli interessi collettivi, e dunque una situazione giuridica di tutela riferibile alla categoria dei consumatori, sembrerebbe potersi escludere la circostanza che una eventuale proposta transattiva possa limitarsi ad alcuni componenti del gruppo. In tali casi sembra che la transazione dovrà necessariamente estendersi all'intera classe data la natura di situazione giuridica ultraindividuale non imputabile ai singoli componenti della categoria. Ove invece, come si dirà oltre, oggetto della tutela collettiva fossero diritti individuali omogenei, è ipotizzabile -salvo esplicite indicazioni contrarie in tal senso da parte del legislatore- che il convenuto che voglia transigere la controversia, possa legittimamente estendere la propria proposta a tutti i soggetti che ritiene anche, ove ritenga, escludendo buona parte della classe attrice.

¹⁷⁸ Tra le ipotesi di diritti individuali omogenei CAPONI R., *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, op. cit, individua il caso del prodotto dannoso fonte di responsabilità del produttore nei confronti di più soggetti, la clausola vessatoria inserita in contratti stipulati da più consumatori o utenti mediante moduli e formulari, la pratica commerciale ingannevole o aggressiva che ha condotto parimenti alla conclusione di contratti da parte di più consumatori.

¹⁷⁹ Ed infatti il comma 2 del nuovo art. 140-bis prevede: "*L'azione tutela: a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;*

con l'utilizzo di un'espressione assai infelice, sembrerebbe introdurre una discrasia non irrilevante tra le situazioni tutelate dall'azione di classe. Ad una mera interpretazione letterale¹⁸⁰, appare, infatti, difficile conciliare situazioni giuridiche diverse e attribuite a soggetti diversi, ma accomunate da un'origine comune - come i diritti individuali omogenei - rispetto a diritti che dovrebbero essere identici¹⁸¹. È necessario quindi accertare il contenuto dell'espressione utilizzata dal legislatore, al fine di comprendere quali siano i diritti che possono considerarsi

b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;
c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali”.

¹⁸⁰ Nel senso di una limitazione applicativa del nuovo strumento processuale in caso di rigida e letterale interpretazione dell'aggettivo, si veda COSTANTINO G., *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, Foro It., 2009, 10, V, p. 390.

¹⁸¹ Ciò a meno che non si ritenesse possibile intendere in via ermeneutica il riferimento ai diritti identici come una concreta possibilità attribuita al giudice di ripartire la classe attrice in più sottoclassi, sul modello della *class action* americana. In tale ordinamento, infatti, nel caso in cui il giudice accerti che tra gruppi di componenti della classe, pur in presenza di domande simili, vi siano interessi discordanti –naturalmente ove in ogni caso singolarmente e complessivamente si rispettino i requisiti della *commonality* e della *numerosity*– potrà ordinare la divisione in *subclasses*, ognuna con un proprio *class representative*, in modo da evitare possibili conflitti di interesse

identici¹⁸² ed in che modo tale identità possa poi incidere sull'ammissibilità delle domande -ovvero soprattutto delle adesioni- posto che l'ammissibilità dell'azione di classe produce la preclusione all'esercizio di una tutela successiva¹⁸³. In dottrina¹⁸⁴, peraltro, sono state elaborate tre diverse accezioni del concetto di identità: quella di identità formale, che comporterebbe il medesimo titolo; quello di

¹⁸² Occorre ad esempio chiarire se in forza di un contratto, un soggetto che subisce un danno quantificato in 1.000 Euro presenti una situazione identica a chi subisce un danno di 10.000 Euro. Si tratta di considerare quale tipo di connessione debba esservi tra le situazioni giuridiche, e se tra tali connessioni possa ricomprendersi la connessione impropria. Non è un caso se, tra le critiche mosse allo strumento processuale, già all'indomani dell'introduzione dell'emendamento governativo, si faceva rilevare da parte delle associazioni dei consumatori – tra le altre Adiconsum - come uno dei tasti dolenti fosse la questione dei diritti identici, considerato questo come punto di difficile applicazione della normativa. Ed infatti, si rilevava che, a fini esemplificativi, in un caso di fallimento di un istituto di credito d'affari come la Lehman Brothers, pur se si intentasse una causa collettiva, ciascun consumatore avrebbe un'esigenza diversa, perché ha sottoscritto obbligazioni in tempi diversi e ha investito una somma differente. La proposta dell'associazione, dunque, si rivolgeva ad una semplice sostituzione, nel testo della legge, del termine "identico" con "omogeneo o analogo", con una sensibile semplificazione ermeneutica della disciplina. Tale distinzione a parere dell'associazione non sarebbe stata, infatti, solo nominalistica, ma avrebbe influito sulla stessa ammissibilità delle domande -di adesione ovvero della stessa azione di classe- incidendo sull'onere della prova dell'identità dei diritti fatti valere.

¹⁸³ E ciò sia ai fini della tutela collettiva risarcitoria, sia ai fini della tutela individuale dei singoli aderenti alla classe, nei cui confronti la sentenza che definisce il giudizio fa stato ex art. 2909 c.c.

¹⁸⁴ ALPA G., *Art. 140 bis soc. cons. nella prospettiva del diritto privato*, in VIGORITI V., CONTE G., *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, op. cit., p. 6.

identità sostanziale, che invece farebbe riferimento alla stessa tipologia di danno; infine, quello di identità assoluta, che difenderebbero unicamente nella componente soggettiva del danneggiato.

Il rischio di una lettura eccessivamente restrittiva dell'espressione utilizzata dal legislatore che la avvicini alla identità assoluta delle pretese avanzate, sembra potersi escludere alla luce di un'interpretazione teleologica, legata alla natura ed alle caratteristiche dei diritti individuali omogenei. Tali situazioni giuridiche soggettive sono definite, non a partire dal loro contenuto intrinseco, quanto dal rapporto che emerge con il fatto produttivo del diritto¹⁸⁵. Non dunque identico contenuto, ma identico interesse alla rimozione degli effetti dannosi di una stessa condotta. Omogeneità dei diritti, nel senso di similitudine degli elementi caratterizzanti la pretesa, a partire – oltre che dalla tipologia illecito- dalla presenza di rapporti giuridici sostanziali che legano la parte attiva e passiva dell'illecito,

¹⁸⁵ L'identità del fatto illecito come fattore genetico della pretesa attribuita a ciascun danneggiato.

che è simile per tutti i danneggiati. Quando, dunque, il legislatore qualifica come identici i diritti tutelabili attraverso l'azione di classe vuol riferirsi, non al contenuto del diritto, ma al rapporto che lega colui che produce il danno da colui che riceve il danno. In altre parole il legislatore sembra riferirsi, alle diverse tipologie di danni che l'illecito seriale ha prodotto rispetto ai consumatori ed utenti¹⁸⁶ e non alla circostanza che per ciascun soggetto il danno sia esattamente lo stesso che in quello degli altri componenti del gruppo¹⁸⁷. Non è un caso, infatti, la circostanza che il concetto di identità, o di situazione identica, venga riferita al rapporto con l'impresa (ovvero

¹⁸⁶ Ad es. danno alla salute (potenziale o attuale), danno biologico, danno patrimoniale, danno da perdita di chance etc., con conseguente possibilità di suddivisione dei componenti della classe dei danneggiati dall'unico illecito seriale per categorie o sottoclassi.

¹⁸⁷ E dunque non importa, ad esempio, che dall'illecito contrattuale seriale si fosse prodotto in capo a soggetti diversi un danno di 1.000,00 ovvero di 10.000,00 Euro, ma importa solo che il danno si sia prodotto per effetto di un illecito causato dal convenuto ed in riferimento a rapporti contrattuali derivanti dalla stipula della stessa tipologia di contratto (ad es. contratti finanziari di investimento in fondi o titoli). Ed ancora non importa, ad esempio, che tra i componenti del gruppo attore vi sia taluno che abbia subito un'amputazione agli arti o altri che abbiano riportato ustioni derivanti dall'esplosione di un prodotto difettoso ma, ai fini della tutela risarcitoria collettiva, occorre che il produttore fosse il medesimo, che il prodotto difettoso fosse il medesimo e che il danno derivasse dallo stesso vizio (di costruzione o progettazione).

con il produttore o il professionista) danneggiante¹⁸⁸. Tale ricostruzione sembrerebbe, peraltro, confermata non solo in dottrina¹⁸⁹, ma anche nella medesima disciplina dettata dal legislatore per la liquidazione dei danni, soprattutto nel richiamo al potere del Giudice, ai sensi del comma 12 del nuovo art. 140-bis Cod. cons., di *stabilire un criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione dei danni*¹⁹⁰.

Tenuto, quindi, conto della riferita interpretazione da attribuire all'espressione diritti identici, non possono comunque non rilevarsi le serie perplessità sulla scelta lessicale utilizzata dal legislatore, anche in considerazione delle preclusioni cui dà vita l'ammissione di un'azione di classe alla scadenza del termine per le proporre le adesioni¹⁹¹.

¹⁸⁸ Si veda art. 140-bis Cod. cons. comma 2, come modificato dalla l. n. 99 del 2009.

¹⁸⁹ Sono orientati a considerare il concetto di identità quale sinonimo di omogeneità VIGORITI V., *Finalmente, l'azione di classe. Primi rilievi*, cit., p. 21; CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, p. 62 ss; GIUSSANI A., *Il nuovo art. 140 bis codice del consumo*, in VIGORITI V., CONTE G., *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, op. cit., p. 127.

¹⁹⁰ In tal senso COSTANTINO G., *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, op. cit., p. 390.

¹⁹¹ Ed infatti, potrà naturalmente accadere che rispetto ad una classe di soggetti danneggiati si siano prodotti più tipologie di danno. Nel caso in cui, in capo alle stesse persone che compongono la classe, vi sia tale

Quanto alle materie oggetto di tutela la nuova formulazione normativa limita le ipotesi di diritti tutelabili a tre categorie:

«a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;

b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;

c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli

cumulo, *nulla questio*, si è in presenza del requisito dell'identità. Più problematica sarebbe l'ipotesi in cui, posto lo stesso illecito, i soggetti che compongono la classe lamentano la produzione di danni diversi (ad es. taluni danni biologici e danni patrimoniali, ed altri solo danni biologici). In tal caso sembra che la soluzione debba partire dall'analisi del *petitum* dell'azione presentata dal proponente e su cui si svolge il giudizio di ammissibilità. Ove questo sia particolarmente stringente nell'indicare solo alcuni dei danni potenzialmente prodotti dall'illecito, la conseguenza sarebbe tale per cui i danni non ricompresi potranno esser fatti valere attraverso una autonoma azione di classe, proposta nel termine di cui al comma 9, ovvero tramite un'azione individuale, in quanto il comma 14 del nuovo art. 140-bis esplicitamente esclude l'esercizio di una successiva azione di classe *per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9*. Nel caso, poi, della proposizione di più azioni di classe -ovvero di una stessa azione- che siano volte ad ottenere il risarcimento di categorie di danno diverse, il giudice potrebbe suddividere i componenti della classe danneggiata, in modo da agevolare il compito successivo della determinazione dei danni suddividendo la classe per categorie di danno prodotto.

stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali»¹⁹².

Si tratta di una scelta precisa del legislatore che ha volutamente tenuto fuori dall'azione di classe alcune tipologie di illeciti, ampliando d'altro canto altre ipotesi di danni seriali. A tal proposito, si è sottolineato che tale limitazione oggettiva rischia di introdurre un primo contrasto interpretativo rispetto alla sistemazione dell'azione di classe all'interno del codice del consumo. Una lettura restrittiva nella nuova norma porterebbe, infatti, a non estendere la tutela collettiva risarcitoria a tutti i diritti fondamentali dei consumatori elencati all'art. 2 cod. cons., limitando il riferimento unicamente ai diritti elencati alle lettere a), b) e c) del comma 2 del nuovo art. 140 *bis*¹⁹³.

Rispetto alla precedente disciplina dell'azione collettiva risarcitoria nella categoria degli illeciti contrattuali si assiste ad un'estensione della tutela, precedentemente limitata agli

¹⁹² Art. 140-*bis* Cod. cons. comma 2, come modificato dalla l. n. 99 del 2009.

¹⁹³ In tal senso ALPA G., *Art. 140 bis soc. cons. nella prospettiva del diritto privato*, cit., p. 7.

illeciti derivanti da contratti conclusi ai sensi dell'art. 1342 c.c.¹⁹⁴, prevista ora anche ai contratti stipulati ai sensi dell'art. 1341 c.c.¹⁹⁵.

A tal riguardo, peraltro, si è rilevato che il tribunale non sarebbe limitato al suo accertamento condanna al risarcimento del danno ma potrebbe altresì assumere provvedimenti educatori del contratto laddove i consumatori ed utenti richiedessero al giudice adito di pronunciarsi sulla

¹⁹⁴ Ciò aveva suscitato perplessità, proprio per l'esclusione del riferimento ai contratti non conclusi mediante moduli e formulari, in quanto avrebbe dato vita ad una doppia corsia di tutela, di cui non si riusciva a cogliere la ragione, in tal senso RESCIGNO M., *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano*, Giur. Commerc., 2005, fasc. 3, vol 32, p. 418, con il concreto rischio di aumentare le possibilità elusive alla nuova disciplina: si pensi al caso in cui il professionista non utilizzi lo strumento negoziale ex 1342 c.c., impedendo l'applicazione della disciplina come nei casi di inadempimenti contrattuali relativi a contratti che non richiedono una forma specifica, come gli acquisti ordinari di merci negli esercizi di vendita al dettaglio, o restituzioni di somme versate come "anticipo" rispetto a contratti non ancora conclusi; nello stesso senso CAPONI R., *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, op. cit., p. 282; ribadisce la natura assolutamente necessaria dell'integrazione anche CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, cit., p. 66.

¹⁹⁵ Come si è rilevato in dottrina, il secondo comma non fa menzione, nel riferirsi ai diritti contrattuali, alla disciplina contenuta nel codice del consumo che, tuttavia, è fonte primaria dei contratti del consumatore. Di conseguenza, l'inciso inclusi diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c. va inteso in senso additivo, così ALPA G., *Art. 140 bis soc. cons. nella prospettiva del diritto privato*, cit. p. 10.

nullità, annullabilità, rescissione risoluzione per inadempimento¹⁹⁶.

Con riferimento alla categoria degli illeciti extracontrattuali, nel vecchio istituto dell'azione collettiva risarcitoria espressamente previsti, l'attuale formulazione normativa sembra realizzare un passo indietro, eliminando la categoria generale dell'illecito aquiliano ed estendendo la disciplina del nuovo istituto agli illeciti commessi in materia di responsabilità del produttore. Il riferimento, quindi, andrà alla disciplina della responsabilità del produttore prevista dall'art. 3, comma 1, lett. d), cod. consumo con conseguente legittimazione passiva del fabbricante del prodotto finito o di una sua componente, dell'importatore del bene da un paese, extracomunitario, nonché del fornitore che abbia distribuito il prodotto nell'esercizio di un'attività commerciale, omettendo di comunicare al danneggiato, nel termine previsto di tre mesi dalla richiesta, l'identità e il domicilio del produttore o della persona che gli ha fornito il

¹⁹⁶ In tal senso CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, cit., p. 68.

prodotto (art. 115 e 116 cod. cons.). Tuttavia è stato rilevato che non si rinviene alcun riferimento nel testo dell'art. 140 *bis* alla disciplina prevista nel codice del consumo con la conseguenza che: « o si ritiene che si tratti di una disciplina che si deve ricondurre in via sistematica al contesto normativo nel quale essa è collocata, e quindi deve essere integrata dalle disposizioni della materia, anche se non esplicitamente richiamate, oppure si tratta di una disciplina che, introducendo un nuovo strumento processuale, può esorbitare dall'ambito del codice del consumo» senza alcuna limitazione riguardanti i danni risarcibili, la decadenza e la prescrizione¹⁹⁷.

Quanto al riferimento alle pratiche commerciali scorrette¹⁹⁸, sarà necessario fare rinvio alla disciplina prevista nel codice del consumo agli artt. 20-26. Il riferimento, in tal caso, va a tutte quelle tecniche volte ad omettere informazioni al consumatore che possono creargli un danno per falsa rappresentazione della realtà inducendolo a concludere un

¹⁹⁷ ALPA G., *Art. 140 bis soc. cons. nella prospettiva del diritto privato*, op. cit., p. 12.

¹⁹⁸ Riprodotte nel precedente testo dell'art. 140-bis, comma 1.

rapporto contrattuale altrimenti non voluto e limitando, così, la sua libertà contrattuale. Molte pratiche scorrette sono espressamente indicate dal legislatore¹⁹⁹, ma per le altre sarà necessario accertare la scorrettezza attraverso un'esegesi che, definendo la nozione di pratica commerciale, individui quelle condotte contraria alla diligenza professionale, idonee a produrre un effetto distorsivo del comportamento economico del consumatore²⁰⁰.

Infine il legislatore riproduce la categoria degli illeciti derivanti da condotte anticoncorrenziali. In tal caso il bene tutelato è la conservazione del carattere competitivo del mercato. Il legislatore ha quindi dato seguito al convincimento maturato in seno alle istituzioni comunitarie di attuare la disciplina della concorrenza affiancando alla regolamentazione ed al controllo pubblico strumenti di *private enforcement* affidati ai singoli consumatori e utenti

¹⁹⁹ Si vedano in tal senso gli art. 23 e 26 cod consumo ove vengono indicate pratiche considerate in ogni caso scorrette.

²⁰⁰ Per un'approfondita disamina delle attività che il giudice dovrà compiere al fine di accertare la natura scorretta della pratica commerciale sia mediante l'individuazione delle azioni ingannevoli, sia individuando omissioni ingannevoli o pratiche commerciali aggressive, CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, cit., p. 85 ss.

danneggiati dalle pratiche anticoncorrenziali²⁰¹. In conseguenza della prevista estensione oggettiva della tutela collettiva risarcitoria tutti i consumatori finali di un contratto concluso “a valle” ed attuativo di una intesa vietata, potranno avviare in forma collettiva un giudizio che – così come accertato dalle Sezioni Unite della Cassazione²⁰²- sia volto ad ottenere la nullità dell’intesa anticoncorrenziale e il risarcimento del danno subito ai sensi dell’art. 33 L. n. 287/1990. A tal riguardo, emerge, tuttavia un problema di coordinamento tra le due discipline di tutela – individuale e collettiva – che prevedono competenze attribuite a giudici diversi. Il sistema attuale di tutela dagli illeciti anticoncorrenziali nei casi di censura di nullità del contratto e richiesta risarcitoria attribuisce la competenza alla Corte d’Appello (ex art. 33 L. 287/1990), scontrandosi con la competenza del Tribunale del capoluogo regionale indicata dalla nuova azione di classe. L’apparente conflitto,

²⁰¹ In tal senso si veda CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, p. 72.

²⁰² Si veda Cassazione, 02 febbraio 2007, n. 2305, in Resp. Civ. prev., 2007, p. 1605 ss.

tuttavia, sembrerebbe risolvibile facendo riferimento al carattere speciale della disciplina dell'art. 140 *bis* cod. consumo con la conseguenza che la competenza del tribunale «si impone anche a prescindere dal fatto che sia invocata la violazione di una norma antitrust comunitaria o solo nazionale»²⁰³

È chiaro, quindi, come l'intenzione del legislatore sia stata quella di restringere l'illecito extracontrattuale dall'ambito di estensione dell'istituto, costruendo una disciplina dell'azione di classe maggiormente rivolta alla tutela delle lesioni seriali, ove l'accertamento del danno presenta perimetri ricostruttivi potenzialmente più netti. In tale ottica, è certamente maggiormente rispondente alla funzione attribuita all'azione di classe una forma di tutela che escluda l'applicazione indistinta agli illeciti aquiliani, e che tenda a limitare l'istituto ai soli casi di danni di modico valore, c.d. *small claims*²⁰⁴. E, d'altra parte, ciò farebbe superare le

²⁰³ CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, cit., p. 77.

²⁰⁴ È evidente, infatti, che l'indagine tra i profili di danno attivabili nella responsabilità extracontrattuale, possa comportare la necessità di valutazioni individuali più penetranti e meno estendibili agli altri

perplexità suscitate da una tutela che, riferita alla categoria dei consumatori, così come definita nel codice del consumo, si estendesse alla responsabilità extracontrattuale²⁰⁵.

In conclusione potrà dirsi come tutte le situazioni tutelabili attraverso l'azione di classe sembrano caratterizzarsi come ipotesi di litisconsorzio facoltativo²⁰⁶, proprio e improprio

componenti della classe. In tal senso la distinzione culturale, prima ancora che giuridica, tra l'ordinamento italiano e quello americano, in tema di funzione della disciplina risarcitoria è sensibile oltre che determinante.

²⁰⁵ Nell'analisi della precedente formulazione dell'art. 140-bis AMADEI D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, op. cit., riteneva possibile ricomprendere gli illeciti extracontrattuali all'interno della categoria tutelata (*rectius* consumatori), anche se per definizione un illecito extracontrattuale non richiede a differenza della qualità di consumatore un preventivo contatto, ma coinvolge soggetti che non sono legati in alcun modo al danneggiante. Tale inclusione sarebbe stata possibile per l'A. superando il dato testuale e considerando che la definizione di consumatore data dal cod. consumo all'art. 3, lettera a), è così ampia da ricomprendere anche ipotesi di lesioni aquiliane, ritenendo che «il soggetto che agisce è anche colui che pretende un risarcimento del danno subito per un comportamento altrui al di fuori della propria attività, appunto, di impresa, di commercio, artigianale o professionale. Peraltro, la proposta interpretativa estensiva che si avanza nel testo è idonea ad includere, tra i soggetti appartenenti ad una classe, anche imprenditori o professionisti che occasionalmente siano stati lesi da un comportamento illecito plurioffensivo che, sia pure nell'ambito dell'impresa o della professione, abbia colpito anche loro, oltre che una pluralità di soggetti qualificabili come consumatori o utenti (si pensi ad es. ad un prodotto difettoso, acquistato da un professionista per la propria attività, che gli abbia recato un danno a causa del difetto, così come a tanti altri acquirenti che abbiano però agito per scopi personali)».

²⁰⁶ In tal senso CAPONI R., *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, op. cit., il quale rileva come l'azione collettiva risarcitoria crei un litisconsorzio facoltativo «aggregato» teso a far valere diritti individuali omogenei con una «gestione congiunta delle azioni individuali degli aderenti ad opera di un componente della classe». Nello stesso senso si era espresso l'A.

ex art. 103 c.p.c., in quanto descrivono più prestazioni ed escludono ipotesi di obbligazioni solidali o indivisibili.

3. *La legittimazione attiva*

Il modello di legittimazione attiva elaborata dal legislatore italiano con la nuova azione di classe costituisce una significativa evoluzione verso la tipologia anglosassone di tutela collettiva risarcitoria. La *rule 23* della *Federal Rules of civile procedure* degli Stati Uniti d'America attribuisce la legittimazione ad agire per l'esercizio della *class action* ad uno o più membri della classe²⁰⁷ riconoscendo al soggetto cui attribuire la gestione della proposta azione, o c.d. *class representative*, individuato a seguito della fase di

nel commento del testo normativo precedente, si veda CAPONI R., *Litisconsorzio aggregato. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, op. cit., p. 819; *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, op. cit., p. 1222.

²⁰⁷ Stabilisce la *rule 23* della *Federal Rules of civile procedure* degli Stati Uniti d'America: "One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable,
(2) there are questions of law or fact common to the class,
(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and
(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class".

*certification*²⁰⁸, una sorta di rappresentanza paraorganica della stessa, fenomeno che l'osservatore straniero fatica a collocare nelle categorie giuridiche tradizionali, che potrebbero non solo non agevolare la comprensione, ma risultare in certo modo fuorvianti²⁰⁹. Il legislatore, nella precedente versione dell'azione collettiva risarcitoria²¹⁰, in coerenza con la scelta del modello europeista di tutela collettiva risarcitoria, aveva attribuito la legittimazione ad agire ad enti esponenziali di tutela degli interessi dei consumatori, e dunque alle “*associazioni di cui al comma 1*

²⁰⁸ Si rinvia al prosieguo dell'articolo ogni analisi comparativa con la fase di ammissibilità dell'azione di classe italiana evidenziando però in questa sede, per quanto attinente, come il procedimento americano di *class action* attribuisce ampi poteri giudiziali, senza dubbio maggiori rispetto a quelli attribuiti dall'azione di classe italiana, che consentono al giudice di scegliere il soggetto a cui affidare la gestione della procedura, che appare maggiormente in grado di poter tutelare in giudizio gli interessi della classe. L'azione di classe italiana è lacunosa sul punto né è prevista, come nella *class action* americana, la possibilità dei componenti della classe di attivare una procedura che possa portare alla sostituzione del *class representative*.

²⁰⁹ Si veda in tal senso BONA in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 7. È, infatti, peculiare la circostanza che il *class representative* agisca in nome ed in rappresentanza di un soggetto, la classe attrice, che è la vera parte processuale e che si struttura come soggetto entificato. In questo senso si accoglie anche la ricostruzione di CONSOLO C., *Class action fuori dagli USA?*, op. cit., p. 644 e di GIUSSANI A., *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, op. cit., p. 244

²¹⁰ Art. 140 bis, comma 1, codice del consumo come introdotto dall'art 2 comma 446 l. 244 del 2007.

dell'articolo 139 -Codice del Consumo- e gli altri soggetti di cui al comma 2", e cioè come recitava il comma 2 alle "associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere". Assegnando la legittimazione ad agire a tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori ed utenti a "ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa"²¹¹, la nuova azione di classe realizza certamente un passo verso un modello di azione collettiva risarcitoria meno europeizzato e orientato, evidentemente, al modello della *class action* americana. Emerge il ruolo centrale della persona fisica del danneggiato, anche se in dottrina non è mancato chi ha evidenziato come l'estensione della legittimazione apparisse generosa «quasi all'eccesso, non prevedendosi alcun controllo preventivo sulle qualità dell'attore, né sui titoli delle associazioni mandatarie»²¹². Estesa, dunque, la legittimazione ad agire a qualunque consumatore

²¹¹ Si veda nuovo testo dell'art. 140-bis comma 1, come modificato dalla l. 99 del 2009.

²¹² VIGORITI V., *Finalmente, l'azione di classe. Primi rilievi*, cit., p. 23.

danneggiato si pone, tuttavia, il problema di qualificare il rapporto tra il soggetto proponente e i consumatori ed utenti chiamati ad intervenire nel giudizio, posto che lo stesso mentre sembrerebbe certamente estraneo alla sostituzione processuale non appare, d'altra parte, neanche inquadrabile pienamente nello schema della rappresentanza processuale, atteso che gli aderenti non potrebbero considerarsi come parti in senso formale del giudizio avviato con l'azione di classe²¹³.

Si assiste quindi ad un'estensione della legittimazione ad agire la cui attribuzione alle sole associazioni dei consumatori aveva costituito uno degli aspetti maggiormente discussi della formulazione precedente della disposizione²¹⁴. La conseguenza più evidente è che, a

²¹³ In tal senso CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, cit., p. 36.

²¹⁴ Una legittimazione ad agire attribuita unicamente ad enti esponenziali di tutela dei consumatori correva il rischio di costituire una restrizione alle possibilità di accesso alla giustizia per tutte quelle lesioni seriali rispetto a cui le associazioni dei consumatori avessero ritenuto non conveniente l'esercizio dell'azione collettiva (anche e soprattutto in considerazione dei costi finanziari che una tale azione comporta); dall'altro il pericolo consisteva in un accrescimento della centralità, nel sistema processuale italiano di tutela del consumatore e nella vita pubblica italiana, del fenomeno delle associazioni consumieristiche, con conseguente rischio di costruire un monopolio di azionabilità delle situazioni giuridiche soggettive la cui tutela ad esse venisse

seguito della nuova formulazione dell'azione di classe, le associazioni dei consumatori non avranno più un potere esclusivo nella promozione della tutela collettiva risarcitoria, ma ciò non di meno esse potranno comunque proporre l'azione, nella qualità di rappresentanti processuali, ove anche un solo soggetto della classe attribuisse loro mandato²¹⁵.

legislativamente affidata. Tra i diversi studiosi che espressero perplessità ad una legittimazione ristretta alle sole associazioni dei consumatori CAPONI R., *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, op. cit., p. 282, rilevava come fosse difficile giustificare una legittimazione limitata ad un numero ristretto di associazioni, selezionate attraverso un procedimento di controllo governativo. Tale ristretta limitazione poteva giustificarsi secondo l'A. solo «nelle ipotesi in cui si tratti di anticipare la soglia della tutela giurisdizionale civile, per proteggere un bene che ha unicamente una dimensione collettiva, una dimensione effettivamente superindividuale», laddove invece nel campo dell'azione collettiva risarcitoria l'illecito aggredendo immediatamente i diritti dei singoli legittima anche i soggetti che personalmente sono danneggiati ad agire in giudizio in forme diverse da quelle selettive disposte in via amministrativa. Ed in tal senso si rilevava la scelta positiva del legislatore italiano di affiancare ad una legittimazione estesa alle associazioni riconosciute la possibilità di avviare un'azione collettiva anche a comitati costituiti dagli stessi soggetti danneggiati come «stimolo concorrenziale nei confronti delle associazioni dei consumatori iscritte nell'elenco governativo», op. cit. , p. 283. In senso contrario CONSOLO, in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 174, il quale rileva come «netta è la percezione che il singolo danneggiato, per la natura stessa delle cose economiche e psicologiche, non può essere- in Italia certo non più che altrove- un appena credibile attore collettivo».

²¹⁵ Questa ricostruzione sembra confermata non soltanto dal testo della norma che, al comma ,1 riferisce come *ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni*, ma altresì dalla circostanza che il rapporto che lega associazione e consumatori nell'azione di classe

Dal punto di vista della visione politica che ispira la legislazione odierna, è indubbio che in tal modo si assista ad un mutamento di rotta rispetto alla considerazione del legislatore verso quegli organismi rappresentativi di tutela dei consumatori. Tali soggetti, centrali nella precedente testo dell'azione collettiva risarcitoria, assumono ora una veste che potrebbe vederli ricoprire in taluni casi il ruolo di comprimari²¹⁶, mentre in altri alcun ruolo, ovvero un ruolo marginale nella promozione e gestione della controversia

è costituita dal diritto individuale omogeneo. Non si è quindi in presenza di una soggettivizzazione della situazione giuridica soggettiva in capo all'associazione –ipotesi ricostruttiva (non la sola) nella regolamentazione delle fattispecie di tutela degli interessi collettivi- ma una classica attribuzione di un mandato con rappresentanza con un soggetto che agirà nelle vesti di rappresentante, e dunque in nome e per conto del danneggiato. In questo senso anche CAPONI R., *Il nuovo volto della class action*, op. cit., p. 384; si veda anche GALLETTO T., *L'azione di (seconda) classe*, in VIGORITI V., CONTE G., *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, cit., p. 144, il quale avanza l'ulteriore quesito se il mandato del consumatore all'associazione possa limitarsi alla mera rappresentanza processuale, ovvero debba essere accompagnata da un potere di rappresentanza sostanziale che consenta all'associazione o comitato di poter disporre dei diritti del consumatore danneggiato. A tal riguardo occorre rilevare come di recente la Corte d'Appello di Torino in occasione dell'azione di classe proposta da un'associazione dei consumatori in materia di rapporti bancari ha statuito che il rapporto che lega associazione mandataria e soggetto consumatore danneggiato debba iscriversi unicamente all'interno dell'art. 77 c.p.c. e dunque unicamente come rappresentante processuale e non anche sostanziale di quest'ultimo (Corte Appello Torino ord. n. 1787/11).

²¹⁶ Quale soggetto in grado di poter conferire il sostegno economico che il soggetto singolo che agisce potrebbe richiedere per sostenere finanziariamente l'azione.

collettiva. Questo potrebbe significare l'apertura di un mercato per altri soggetti, quali ad es. studi legali, che siano in grado di catalizzare i diritti individuali soggettivi attraverso l'azione di classe. Ed infatti, il soggetto danneggiato -non avendo la disposizione normativa riservato la legittimazione ad agire solo alle associazioni dei consumatori riconosciute, ed attribuendo ai singoli la possibilità di agire per la tutela collettiva- potrebbe essere spinto e coordinato da uno studio legale o da un *pool* di legali, i quali potrebbero ricavare un interesse grazie alla possibilità di un compenso legale non su tariffe, ma in percentuale alle somme liquidate per la condanna, ovvero su un'eventuale transazione²¹⁷. Naturalmente un'evoluzione della legittimazione ad agire che consenta, a differenza del passato²¹⁸, la proposizione di un'azione di classe

²¹⁷ Problema che rimane aperto è semmai comprendere come possa articolarsi il pagamento dei compensi legali determinati mediante patto di quota lite nel caso in cui il giudice non condannasse il convenuto al pagamento di una somma, ma determinasse la responsabilità di quest'ultimo definendo i criteri per la liquidazione.

²¹⁸ Nella precedente formulazione dell'azione collettiva non era escluso che studi legali potessero in concreto gestire l'azione collettiva (io direi che anzi era una scelta probabile) e ciò sia in caso di affidamento di incarico da parte dell'associazione costituita, sia in caso in cui lo studio legale si rendesse promotore della stessa costituzione con atto pubblico

direttamente ad uno studio legale avvicina di molto l'ordinamento italiano ad un vero e proprio mercato dei servizi legali seguendo lo stile americano²¹⁹, con l'ingresso di tale nuovo soggetto come protagonista (non più e non solo specializzato e quindi tecnico, ma soprattutto) imprenditoriale, specie a seguito dell'abolizione nel nostro ordinamento del divieto di patto di quota lite²²⁰. Si potrebbe,

di un comitato, ma la sensibile differenza consiste nella circostanza che, con la nuova azione di classe, potrebbe essere già lo studio legale (senza il passaggio burocratico della costituzione di un comitato) a promuovere la proposizione dell'azione semplicemente ottenendo il mandato direttamente da un unico componente della classe.

²¹⁹ Il sistema americano della *class action* prevede una serie di passaggi che portano alla scelta del avvocato (e di conseguenza dello studio legale) che avrà il compito di gestire tecnicamente il procedimento giudiziario. È da dire, anzitutto, come il giudice nella fase precedente alla *certification* (*precertification* ed in particolare *pretrial conference*) potrebbe nominare un *counsel ad interim*, ovvero un avvocato che assuma la difesa tecnica della classe temporaneamente e nell'attesa della nomina del *lead plaintiff* (altra definizione del *class representative*). Di fatto però la nomina del difensore è conseguenza della scelta, tra i possibili soggetti che ne hanno fatto richiesta, del rappresentante della classe. Tale soggetto, infatti, una volta nominato dal giudice, ha il compito di scegliere il *counsel*, proponendolo per la nomina alla corte; si veda PERERA SARA ALICE, in *La class action negli Stati Uniti*, Giugno 2007 in Quaderni Centro Ricerca per il Diritto di Impresa, CERADI, LUISS G. Carli, Roma.

²²⁰ Con l'abrogazione dell'art. 2233, comma 3°, c.c., ad opera del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in l. 4 agosto 2006, n. 248. A tal proposito, però, occorre evidenziare come sia pendente presso la II° Commissione Giustizia del Senato l'esame di un testo base congiunto dei diversi D.d.l. presentati in relazione alla "*Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*" e che all'art. 12 comma 6 esplicitamente prevede che *È consentito che venga concordato tra avvocato e cliente un compenso ulteriore rispetto a quello tariffario per il caso di conciliazione della lite o di esito positivo della controversia, fermi i limiti previsti dal codice deontologico*. Di conseguenza viene

in teoria, assistere a studi legali che investano finanziariamente in un'azione di classe sostenendone i possibili ingenti costi di gestione per ottenerne un vantaggio economico²²¹.

meno il patto di quota lite inteso come patto col quale si stabilisce un compenso correlato al risultato pratico dell'attività svolta e comunque in ragione di una percentuale sul valore dei beni o degli interessi litigiosi. Del resto, da ultimo anche dall'Avvocatura Unita, si veda Comunicato stampa del Consiglio Nazionale Forense presso il Ministero della Giustizia del 17/10/09, nell'occuparsi dell'iter dei lavori della riforma in Commissione Giustizia ha esplicitamente avanzato e confermato «l'irrinunciabilità ai principi di fondo indicati nel Testo unitario condiviso dall'Avvocatura quali» tra gli altri «il ripristino del divieto di patto di quota lite a presidio dell'indipendenza e dell'autonomia dell'avvocato rispetto agli interessi tutelati».

²²¹ Occorre rilevare come, la proposizione della *class action* nel sistema americano non prevede come presupposto la stipula di alcun patto di quota lite, che è possibile venga stipulato con il *class representative*, ma con una importanza rispetto ai compensi del legale del tutto marginale. Nei confronti dei componenti passivi del gruppo non viene stipulato alcun patto di quota lite, e dunque il rapporto tra legale e classe non trova rispondenza in un rapporto contrattuale. È pur vero che nell'ambito degli enormi poteri in materia di determinazione del risarcimento del danno le giurie inglobano il compenso legale all'interno dell'ammontare complessivo della somma dovuta alla classe, ma questa è in realtà un'approssimazione posto che la determinazione del compenso avviene in una fase successiva e ad opera dell'organo giudiziale. In tale decisione il giudice potrà certo tener conto della media dei patti di quota lite stipulati nel mercato dei compensi legali, ma per la determinazione del compenso - di norma è «alquanto inferiore a quello che deriverebbe dall'applicazione del patto di quota lite a tutte le pretese dedotte in giudizio» - si utilizzano sistemi diversi. In realtà, anche al fine di ridurre il rischio che l'avvocato possa essere indotto a transigere la controversia al fine di avvantaggiarsi economicamente, è in uso nel sistema americano, un meccanismo di liquidazione dei compensi legali che prende come criterio di riferimento fondamentale «anziché il valore di mercato del patto di quota lite, quello del tempo dedicato alla causa nelle controversie in cui l'avvocato è retribuito indipendentemente dal risultato», così GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo*

Si tratta però di accertare se effettivamente l'ultima formulazione dell'istituto incentivi la promozione e gestione dello strumento agli studi legali come opportunità di investimento per un futuro guadagno e quale possa essere il frutto di tale profitto. Un tale accertamento è importante, se è vero che il successo -ovvero al contrario l'insuccesso- di una riforma passa anche e soprattutto all'apprezzamento dei soggetti che operano nel diritto e che ne affrontano l'applicazione. In tal senso il vantaggio²²² diventa determinante per percepire il destino della nuova azione di classe. Ebbene, vantaggio sicuro dalla gestione di un'azione di classe sarebbe certamente il *battage* pubblicitario che la stessa offre e che ad essa consegue, anche se tale tipologia di vantaggio sarebbe forse maggiormente apprezzata dalle associazioni dei consumatori ²²³ rispetto agli studi legali. Occorre, invero, sottolineare come l'attuale strutturazione

civile, op. cit., p. 136 s.s.

²²² Non solo in senso generale per il sistema, ma anche e soprattutto per i singoli operatori e attori che utilizzeranno l'istituto, i quali ben potrebbero perseguire le percorribili strade che l'ordinamento giuridico già conosce e prevede.

²²³ Come capacità di acquisizione di nuovi associati.

dell'istituto, dal punto di vista economico, non offre grandi opportunità di profitti, specie per la mancata previsione, accanto all'eventuale condanna del convenuto al risarcimento del danno, di un'ulteriore condanna a titolo di danni punitivi, per la previsione di un meccanismo di adesione²²⁴ alla classe, che privilegia l'opzione di entrata nella classe, c.d. *opt-in*, al contrario di un meccanismo tipico delle *class action* americane, diretto ad inglobare all'interno della classe chi agisce tutti i soggetti potenzialmente danneggiati, ad esclusione di chi ne faccia esplicita richiesta, c.d. meccanismo dell'*opt-out*²²⁵. In ogni

²²⁴ In ogni caso, come si dirà più avanti, la semplice adesione costituirebbe se operata in modo semplice una possibilità di partecipazione all'azione di classe in modo del tutto gratuito senza la possibilità da parte del gestore dell'azione di ottenere alcun vantaggio patrimoniale dalla stessa.

²²⁵ È intuitiva la ragione per cui l'*opt-out* consente al gestore della lite - in tal caso non il *class representative*, ma il *counsel*, ossia l'avvocato a cui è affidato il compito di gestire la *class action*, scelto dal *lead plaintiff* - di ottenere potenziali vantaggi economici di molto superiori rispetto all'opposto strumento dell'*opt-in*. Ed infatti pur se in entrambi i casi è rimessa alla volontà dei singoli componenti della classe la scelta di far parte dell'azione promossa, in caso di sistema di *opt-out* il maggior numero di componenti è assicurato dalla circostanza che solo chi ritiene di non voler far parte della *class action* deve attivarsi, per ottenerle l'esclusione, mentre nel caso di *opt-in* la classe non è ancora formata ma dovrà costituirsi con aggravio di sforzi da parte del *class representative* e del suo *counsel*. È evidente quindi che, potenzialmente, è economicamente più vantaggiosa un'azione di classe che si fondi sul sistema di *opt-out* rispetto all'*opt-in*.

caso aver previsto la possibilità di esercitare contestuali azioni²²⁶ comporta un ulteriore elemento che disincentiva il possibile profitto economico ottenibile attraverso la gestione di un'azione di classe nel nostro ordinamento.

In conclusione può dirsi che, seppur sia avvenuta un'estensione della legittimazione ad agire che avvicina il nostro ordinamento sistema della *class action* americana, certamente tale passaggio non può dirsi completo, posto che non è solo l'applicazione parziale di soluzioni normative tipiche del modello d'oltre oceano a far mutare di colpo lo strumento processuale italiano, trasformandolo nella *class action* in uso in taluni ordinamenti di *common law*. Ed invero, la *class action* americana, non sembra sia caratterizzata solo dal peculiare modello dell'estensione della legittimazione ad agire ai singoli componenti della classe, né solo dalla scelta dell'*opt-out*, ma è caratterizzata

²²⁶ Il comma 14 dell'art 140-bis, come modificato dalla l. 99 del 2009 stabilisce che le azioni di classe proposte entro il termine assegnato dal giudice per l'esecuzione della pubblicità dell'azione verranno *riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.*

da un complesso di soluzioni processuali, e soprattutto culturali, che ne fanno terreno fertile per vicende che di certo sono fisiologiche nel sistema economico attuale e nell'attuale contesto socio capitalistico.

La positiva estensione della legittimazione ad agire non esime, chi si accosta allo studio dell'istituto, dall'esaminare gli eventuali abusi conseguenti ad una tale forma di legittimazione e che per molto tempo ha costituito un disvalore per l'esperienza della *class action* additata dagli scettici e dai suoi detrattori come un «mostro di frankenstein»²²⁷. Gli enormi interessi economici che possono ruotare attorno al mercato della gestione legale, specie nei sistemi giuridici che non vietano i patti di quota lite, e le possibilità di concludere l'azione in forme transattive, si offrono a forme di speculazione e distorsione dello strumento processuale²²⁸ che hanno spesso e

²²⁷ TARUFFO M. , *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 2007 n.2, p. 533.

²²⁸ Per largo tempo nella *class action* statunitense è invalsa una tendenza a utilizzare il sistema di competenze tra Corti Federali e Statali in modo da azionare una *class action* nel foro statale che risultasse praticare una *certification* più favorevole all'ammissione, rifuggendo dalle Corti Federali che, per tradizione, sono meno propense ad ammetterle: si verifica cioè quello che viene definito come *forum shopping*. Ma l'effetto

largamente danneggiato la classe attrice, nel cui vantaggio invece lo strumento processuale dovrebbe operare. È per questo che nell'ordinamento americano, proprio al fine di ridurre tali aspetti critici, è stato approvato nel 2005 il CAFA (*Class action Fair Act*), che si è riproposto di risolvere le problematiche derivanti dall'utilizzo incontrollato di tale strumento processuale, sia con più stringenti previsioni legislative sulla competenza, sia con un maggiore e forte controllo giudiziale degli eventuali accordi transattivi²²⁹. L'analisi dello strumento processuale e come elaborato dal legislatore italiano porta alla considerazione che, quanto meno nella fase iniziale, l'azione di classe sia

forse maggiormente distorsivo può però rintracciarsi negli squilibri risarcitori che s'instaurano tra i *legal studios* e i *class members*, i quali spesso ricevono *coupons* o “tagliandi risarcitori” di irrisorio valore a fronte di compensi milionari dei legali. Per fare qualche esempio si pensi al caso *Cheerios*, società produttrice alimentare, convenuta in giudizio da una classe di consumatori per danni derivanti dall'uso di additivi nei prodotti venduti. L'azione si è conclusa con una liquidazione ai legali di compensi per alcuni milioni di dollari e ai membri della classe di tagliandi per l'acquisto di nuovi prodotti alimentari della *Cheerios*, in *re General Mills Oat Cereal Consumer Litigation*, 94 CH 06208 (Cir.Ct.Cook County).

²²⁹ Per evitare transazioni squilibrate tra avvocati e membri della classe è stato previsto un procedimento di controllo e approvazione delle transazioni da parte delle Corti, specie nei casi di accordi legati a *coupons*, negando l'approvazione nei casi in cui esse risultino sproporzionate.

meno orientata ad eventuali utilizzi distorsivi ovvero ad abusi, grazie ad un forte controllo attribuito all'organo giudiziale²³⁰, a cui è attribuito il compito di valutare se ammettere l'azione di classe proposta anche alla luce dell'adeguatezza e delle caratteristiche della difesa²³¹, nonché dalla possibilità che il giudice condanni la parte attrice al pagamento delle spese processuali per lite temeraria ex art. 96 c.p.c.²³².

Non sembra invece scongiurato il rischio che l'azione di classe possa esporsi ad un utilizzo distorsivo in caso di transazioni, le quali vengono rimesse interamente alle

²³⁰ Il comma 6 del nuovo art 140-bis recita tra l'altro che la domanda è dichiarata inammissibile quando *il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'intera classe*.

²³¹ Analisi delicatissima e che dovrà svolgersi in modo molto attento soprattutto alla luce del fatto che, come si ricava dal comma 14 del nuovo art. 140-bis, una volta ammessa l'azione non saranno ammissibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa.

²³² Le critiche avanzate alla previsione di condanna alle spese non tengono conto dei danni all'immagine e, soprattutto, alla concorrenza che subirebbe un'impresa sottoposta ad azione di classe, laddove tale azione venga utilizzata più per finalità economico commerciali che di effettiva tutela e protezione dei consumatori. La risposta del legislatore, quindi, sembra chiara ed apprezzabile: consentire una forma di tutela collettiva risarcitoria che agevola e rende maggiore il peso e la forza dei consumatori danneggiati, ma pone un freno a possibili utilizzi distorsivi. La parte che agisce con l'azione di classe dovrà quindi essere convinta della bontà del successo della propria azione e non utilizzare lo strumento processuale come minaccia ricattatoria nei confronti del convenuto.

valutazioni delle parti senza alcun intervento giudiziale di controllo. Sicuro limite posto ad eventuali pratiche abusive nella definizione transattiva della lite è costituito certamente dal comma 15 del nuovo art. 140-*bis* che recita come “*le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito*”. Manca però, a differenza del sistema americano, un controllo giudiziale sull’adeguatezza dell’accordo concluso²³³.

3.1. Segue. La legittimazione passiva

L’esame della disposizione normativa nella parte in cui individua i soggetti legittimati passivi segue quanto già rilevato riguardo alla precedente formulazione dell’azione collettiva risarcitoria. Anche il nuovo istituto, come il precedente, fa esplicito e sintetico rinvio²³⁴ alla figura

²³³ Per una disamina maggiormente approfondita sul tema della transazione si rinvia al par. 10.

²³⁴ Con riferimento alla precedente disciplina all’interno del comma 1 dell’art. 140-*bis*, nell’attuale formulazione dell’istituto al comma 1 lett.a) e al comma 4. In entrambi i casi il riferimento si accostava alle situazioni tutelabili e alla competenza del Tribunale del luogo in cui aveva sede l’impresa.

dell'imprenditore, estendendo poi l'applicazione alla figura del produttore²³⁵. Occorrerà ricostruire la disciplina, di conseguenza, in mancanza di una più specifica previsione al riguardo, tanto con un'interpretazione sistematica dell'art. 140-*bis*, quanto in riferimento all'oggetto della tutela. Ebbene, l'inserimento della disciplina all'interno del codice del consumo e la tutela estesa ai diritti individuali omogenei dei consumatori e utenti, sembra indurre alla conclusione che soggetti passivi saranno senz'altro gli imprenditori, professionisti²³⁶ o produttori, come da esplicita menzione dell'art. 3, lett. c) e d), del cod. consumo, e dunque rispettivamente: *le persone fisiche o giuridiche che agiscono nell'esercizio della propria attività imprenditoriale commerciale, artigianale o professionale,*

²³⁵ Si veda nuovo art. 140-*bis* comma 2 lett. b).

²³⁶ Considera ancora problema aperto a tale estensione della legittimazione passiva come forma di interpretazione ellittica della disposizione CAPONI R., *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-*bis* cod. cons. nell'emendamento governativo*, op. cit.; ed anche CAPONI R., *Una lettura di interrogativi in attesa della giurisprudenza*, Foro It., 2008, V, p. 185. Occorre rilevare, altresì, che la giurisprudenza amministrativa in tema di concorrenza estende il concetto di impresa sino a ricomprendere anche gli esercenti le professioni intellettuali, si veda in tal senso anche per una più ampia illustrazione delle pronunce della giurisprudenza amministrativa CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, cit., p. 50.

ovvero un suo intermediario; i fabbricanti di beni o i fornitori dei servizi, o un suo intermediario, nonché gli importatori di beni o di servizi nel territorio dell'Unione europea o qualsiasi altra persona fisica o giuridica che si presenta come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo. Era stato per altro sostenuto, con riferimento alla precedente versione dell'istituto²³⁷ che, in tali casi, il mancato esplicito richiamo ai soggetti legislativamente indicati e, più in generale, la mancata previsione, a differenza dell'azione collettiva inibitoria, ex art. 140 cod. consumo, dei soggetti legittimati passivi, volesse proprio significare l'assenza di alcuna limitazione verso l'estensione della disciplina anche a imprenditori, professionisti o produttori e che il richiamo, più volte fatto, agli imprenditori non risulterebbe risolutivo e ostativo, potendo tali espressioni essere interpretate elasticamente²³⁸.

²³⁷ Ma non si vedono ragioni per non estendere la considerazione anche al nuovo art. 140-bis.

²³⁸ Vedi BRIGUGLIO A., *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, op. cit., il quale ritiene inoltre possibile che, all'interno del processo risarcitorio collettivo, il convenuto possa

La nuova azione collettiva risarcitoria non estende la categoria dei soggetti legittimati passivi anche alla Pubblica Amministrazione²³⁹. Invero presso la Camera dei Deputati era stato depositato un progetto di legge –n. 1845/C - che, riprendendo il testo elaborato nella II° Commissione Giustizia della Camera alla scorsa legislatura²⁴⁰, aggiungeva la possibilità di esercitare un'azione collettiva risarcitoria anche nei confronti della Pubblica Amministrazione, in caso di danni ad interessi giuridicamente rilevanti per una

chiamare in causa - in garanzia o quale corresponsabile o vero responsabile - altro professionista.

²³⁹ Occorre dire come, già in relazione al precedente testo dell'art. 140-bis cod. cons., sia stata avanzata in dottrina l'interpretazione secondo cui il riferimento alla categoria degli utenti comportasse la legittimazione passiva, non solo per le imprese private concessionarie del pubblico servizio -in tal senso ora esplicitamente richiamate nel comma 12 della nuova azione di classe- ma altresì per lo stesso Ente Pubblico che provveda direttamente all'erogazione del pubblico servizio, il tutto a partire dalla qualificazione dei rapporti di utenza i servizi come comprensivi dei servizi pubblici, già richiamati nell'art. 101 cod consumo (*Lo Stato e le regioni, nell'ambito delle rispettive competenze, garantiscono i diritti degli utenti dei servizi pubblici attraverso la concreta e corretta attuazione dei principi e dei criteri previsti della normativa vigente in materia*). In tal senso si veda BUZZELLI- BONA in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., 75.

²⁴⁰ Ddl n. 1495/C, XV° Legislatura.

pluralità di utenti o consumatori²⁴¹. La soluzione adottata dal Governo con il nuovo testo dell'art. 140-*bis* sembrava addebitarsi ad una precisa scelta legislativa che ha condotto alla separazione della tutela collettiva risarcitoria nei confronti dei privati rispetto ai rimedi collettivi da esperire nei confronti della Pubblica amministrazione. A tal riguardo

²⁴¹ L'azione sarebbe stata avviata con ricorso presso il T.A.R. con una procedura in realtà piuttosto scarna. Come infatti recitava il Ddl n. 1845/C dal comma 10 e ss.: *“10. Ai soggetti di cui al comma 1 è consentito di agire in giudizio anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni, nonché dei concessionari di servizi pubblici, se dall'inosservanza di standard qualitativi ed economici che sono tenuti ad assicurare, dalla violazione di obblighi contenuti nelle carte dei servizi, dall'omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali deriva la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o di consumatori. 11. L'azione di cui al comma 10 è esercitata mediante ricorso dinanzi al competente tribunale amministrativo regionale. Il ricorso può essere proposto dal soggetto legittimato dopo che siano decorsi novanta giorni dalla diffida, inviata all'amministrazione o al concessionario mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, ad assumere le iniziative necessarie per l'adempimento degli obblighi di cui si assume l'inosservanza o la violazione. 12. Il tribunale amministrativo regionale, entro dieci giorni dalla presentazione del ricorso, stabilisce idonee forme di pubblicità dell'instaurazione del procedimento giurisdizionale. Nella sentenza con la quale decide sul merito del ricorso, il tribunale stabilisce altresì le forme di pubblicità della medesima. 13. Nei casi di perdurante inadempimento da parte di una pubblica amministrazione, il tribunale amministrativo regionale nomina un commissario ad acta. 14. Qualora il ricorso proposto ai sensi del comma 10 sia accolto con sentenza definitiva, l'amministrazione soccombente deve promuovere le procedure per l'accertamento di eventuali responsabilità disciplinari o dirigenziali”*.

in attuazione della legge delega - Legge 4 marzo 2009, n. 15 contenente ***"Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei conti"*** pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 53 del 5 marzo 2009- che all'art. 4 comma 2 lett. 1), che prevedeva una delega al Governo per l'emanazione di una disciplina dell'azione collettiva contro la Pubblica Amministrazione è stato emanato il D.lgs 20 dicembre 2009 n. 198 che ha introdotto la c.d. *class action* amministrativa²⁴². A sgombrare il campo da ogni equivoco,

²⁴² Prevede l'art. 4 comma 2 lett 1) della Legge 4 marzo 2009, n. 15 delega al governo al fine di : *"1) consentire a ogni interessato di agire in giudizio nei confronti delle amministrazioni, nonché dei concessionari di servizi pubblici, fatte salve le competenze degli organismi con funzioni di regolazione e controllo istituiti con legge dello Stato e preposti ai relativi settori, se dalla violazione di standard qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi, dall'omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, dalla violazione dei termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali derivi la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori, nel rispetto dei seguenti criteri:*

1) consentire la proposizione dell'azione anche ad associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati;
2) devolvere il giudizio alla giurisdizione esclusiva e di merito del giudice amministrativo;

tuttavia, è bene rilevare che prescindendo dalla denominazione comune attribuito al ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici lo stesso si pone con caratteristiche radicalmente diverse dall'azione di classe di cui all'art. 140 *bis* del codice del consumo, che, tra l'altro, non prevede alcun meccanismo risarcitorio collettivo a tutela dei soggetti danneggiati²⁴³. Pur

3) *prevedere come condizione di ammissibilità che il ricorso sia preceduto da una diffida all'amministrazione o al concessionario ad assumere, entro un termine fissato dai decreti legislativi, le iniziative utili alla soddisfazione degli interessati; in particolare, prevedere che, a seguito della diffida, si instauri un procedimento volto a responsabilizzare progressivamente il dirigente competente e, in relazione alla tipologia degli enti, l'organo di indirizzo, l'organo esecutivo o l'organo di vertice, a che le misure idonee siano assunte nel termine predetto;*

4) *prevedere che, all'esito del giudizio, il giudice ordini all'amministrazione o al concessionario di porre in essere le misure idonee a porre rimedio alle violazioni, alle omissioni o ai mancati adempimenti di cui all'alea della presente lettera e, nei casi di perdurante inadempimento, disponga la nomina di un commissario, con esclusione del risarcimento del danno, per il quale resta ferma la disciplina vigente;*

5) *prevedere che la sentenza definitiva comporti l'obbligo di attivare le procedure relative all'accertamento di eventuali responsabilità disciplinari o dirigenziali;*

6) *prevedere forme di idonea pubblicità del procedimento giurisdizionale e della sua conclusione;*

7) *prevedere strumenti e procedure idonei ad evitare che l'azione di cui all'alea della presente lettera nei confronti dei concessionari di servizi pubblici possa essere proposta o proseguita, nel caso in cui un'autorità indipendente o comunque un organismo con funzioni di vigilanza e controllo nel relativo settore abbia avviato sul medesimo oggetto il procedimento di propria competenza”*

²⁴³ Prevede il nuovo istituto: *Art. 1 Presupposti dell'azione e legittimazione ad agire 1. Al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, i titolari di*

riservandosi di analizzare compiutamente l'intera disciplina, non pare comunque questa la sede per una compiuta disamina del nuovo istituto di tutela collettiva contro la Pubblica amministrazione. L'oggetto del lavoro, infatti, limitato ad un'analisi del nuovo art. 140-bis del cod. del

interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio, con le modalità stabilite nel presente decreto, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni, definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di performance contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150. 1-bis. Nel giudizio di sussistenza della lesione di cui al comma 1 il giudice tiene conto delle risorse strumentali, finanziarie, e umane concretamente a disposizione delle parti intimate. 1-ter. Sono escluse dall'applicazione del presente decreto le autorità amministrative indipendenti, gli organi giurisdizionali, le assemblee legislative e gli altri organi costituzionali nonchè la Presidenza del Consiglio dei Ministri. 2. Del ricorso è data immediatamente notizia sul sito istituzionale dell'amministrazione o del concessionario intimati; il ricorso è altresì comunicato al Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione. 3. I soggetti che si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente possono intervenire nel termine di venti giorni liberi prima dell'udienza di discussione del ricorso che viene fissata d'ufficio, in una data compresa tra il novantesimo ed il centovesimo giorno dal deposito del ricorso. 4. Ricorrendo i presupposti di cui al comma 1, il ricorso può essere proposto anche da associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori di cui al comma 1. 5. Il ricorso è

consumo, impone di rinviare ai futuri commenti ogni approfondita analisi che l'istituto merita.

4. Atto introduttivo del giudizio

proposto nei confronti degli enti i cui organi sono competenti a esercitare le funzioni o a gestire i servizi cui sono riferite le violazioni e le omissioni di cui al comma 1. Gli enti intimati informano immediatamente della proposizione del ricorso il dirigente responsabile di ciascun ufficio coinvolto, il quale può intervenire nel giudizio. Il giudice, nella prima udienza, se ritiene che le violazioni o le omissioni sono ascrivibili ad enti ulteriori o diversi da quelli intimati, ordina l'integrazione del contraddittorio. 6. Il ricorso non consente di ottenere il risarcimento del danno cagionato dagli atti e dai comportamenti di cui al comma 1; a tal fine, restano fermi i rimedi ordinari. 7. Il ricorso è devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e le questioni di competenza sono rilevabili anche d'ufficio.

Art. 2 Rapporti con le competenze di regolazione e controllo e con i giudizi instaurati ai sensi degli articoli 139, 140 e 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 1. Il ricorso di cui all'articolo 1 non può essere proposto se un organismo con funzione di regolazione e di controllo istituito con legge statale o regionale e preposto al settore interessato ha instaurato e non ancora definito un procedimento volto ad accertare le medesime condotte oggetto dell'azione di cui all'articolo 1, né se, in relazione alle medesime condotte, sia stato instaurato un giudizio ai sensi degli articoli 139, 140 e 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206. 2. Nell'ipotesi in cui il procedimento di cui al comma 1 o un giudizio instaurato ai sensi degli articoli 139 e 140 del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, sono iniziati dopo la proposizione del ricorso di cui all'articolo 1, il giudice di quest'ultimo ne dispone la sospensione fino alla definizione dei predetti procedimenti o giudizi. A seguito del passaggio in giudicato della sentenza che definisce nel merito il giudizio instaurato ai sensi dei citati articoli 139 e 140, il ricorso di cui all'articolo 1 diviene improcedibile. In ogni altro caso, quest'ultimo deve essere riassunto entro centoventi giorni dalla definizione del procedimento di cui al comma 1, ovvero dalla definizione con pronuncia non di merito sui giudizi instaurati ai sensi degli stessi articoli 139 e 140, altrimenti è perento. 3. Il soggetto contro cui è stato proposto il ricorso

Come recita il comma 5° del nuovo art. 140-bis del cod. cons. *“la domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità”*. Il legislatore, a differenza della

giurisdizionale di cui all'articolo 1 comunica immediatamente al giudice l'eventuale pendenza o la successiva instaurazione del procedimento di cui ai commi 1 e 2, ovvero di alcuno dei giudizi ivi indicati, per l'adozione dei conseguenti provvedimenti rispettivamente previsti dagli stessi commi 1 e 2.

Art. 3 Procedimento 1. Il ricorrente notifica preventivamente una diffida all'amministrazione o al concessionario ad effettuare, entro il termine di novanta giorni, gli interventi utili alla soddisfazione degli interessati. La diffida è notificata all'organo di vertice dell'amministrazione o del concessionario, che assume senza ritardo le iniziative ritenute opportune, individua il settore in cui si è verificata la violazione, l'omissione o il mancato adempimento di cui all'articolo 1, comma 1, e cura che il dirigente competente provveda a rimuoverne le cause. Tutte le iniziative assunte sono comunicate all'autore della diffida. Le pubbliche amministrazioni determinano, per ciascun settore di propria competenza, il procedimento da seguire a seguito di una diffida notificata ai sensi del presente comma. L'amministrazione o il concessionario destinatari della diffida, se ritengono che la violazione, l'omissione o il mancato adempimento sono imputabili altresì ad altre amministrazioni o concessionari, invitano il privato a notificare la diffida anche a questi ultimi. 2. Il ricorso è proponibile se, decorso il termine di cui al primo periodo del comma 1, l'amministrazione o il concessionario non ha provveduto, o ha provveduto in modo parziale, ad eliminare la situazione denunciata. Il ricorso può essere proposto entro il termine perentorio di un anno dalla scadenza del termine di cui al primo periodo del comma 1. Il ricorrente ha l'onere di comprovare la notifica della diffida di cui al comma 1 e la scadenza del termine assegnato per provvedere, nonché di dichiarare nel ricorso la persistenza, totale o parziale, della situazione denunciata. 3. In luogo della diffida di cui al comma 1, il ricorrente, se ne ricorrono i presupposti, può promuovere la risoluzione non giurisdizionale della controversia ai sensi dell'articolo 30 della legge 18 giugno 2009, n. 69; in tal caso, se non si raggiunge la conciliazione delle parti, il ricorso è proponibile entro un anno dall'esito di tali procedure.

formulazione precedente che non conteneva alcun riferimento all'atto introduttivo del giudizio, ha voluto meglio definire i contorni del rito da applicare all'azione di classe, sembrando comportare il riferimento all'atto di

Art. 4 Sentenza 1. Il giudice accoglie la domanda se accerta la violazione, l'omissione o l'inadempimento di cui all'articolo 1, comma 1, ordinando alla pubblica amministrazione o al concessionario di porvi rimedio entro un congruo termine, nei limiti delle risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. 2. Della sentenza che definisce il giudizio è data notizia con le stesse modalità previste per il ricorso dall'articolo 1, comma 2. 3. La sentenza che accoglie la domanda nei confronti di una pubblica amministrazione è comunicata, dopo il passaggio in giudicato, agli organismi con funzione di regolazione e di controllo preposti al settore interessato, alla Commissione e all'Organismo di cui agli articoli 13 e 14 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, alla procura regionale della Corte dei conti per i casi in cui emergono profili di responsabilità erariale, nonché agli organi preposti all'avvio del giudizio disciplinare e a quelli deputati alla valutazione dei dirigenti coinvolti, per l'eventuale adozione dei provvedimenti di rispettiva competenza. 4. La sentenza che accoglie la domanda nei confronti di un concessionario di pubblici servizi è comunicata all'amministrazione vigilante per le valutazioni di competenza in ordine all'esatto adempimento degli obblighi scaturenti dalla concessione e dalla convenzione che la disciplina. 5. L'amministrazione individua i soggetti che hanno concorso a cagionare le situazioni di cui all'articolo 1, comma 1, e adotta i conseguenti provvedimenti di propria competenza. 6. Le misure adottate in ottemperanza alla sentenza sono pubblicate sul sito istituzionale del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e sul sito istituzionale dell'amministrazione o del concessionario soccombente in giudizio.

Art. 5 Ottemperanza 1. Nei casi di perdurante inottemperanza di una pubblica amministrazione si applicano le disposizioni di cui all'articolo 27, comma 1, n. 4, del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054. 2. La sentenza di accoglimento del ricorso di cui al comma 1 è comunicata alla Commissione e all'Organismo di cui agli articoli 13 e 14 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, nonché alla procura regionale della Corte dei conti per i casi in cui emergono profili di responsabilità

citazione, l'applicazione del rito ordinario²⁴⁴, con conseguente applicazione della disciplina dei termini a comparire e, in particolare, con il conseguente obbligo da parte del convenuto di prendere posizione sui fatti, eccezioni di controparte e presentando eventuali richieste di

erariale.

Art. 6 Monitoraggio 1. La Presidenza del Consiglio dei Ministri provvede al monitoraggio dell'attuazione delle disposizioni di cui al presente decreto, anche ai fini degli eventuali interventi correttivi di cui all'articolo 2, comma 3, della legge 4 marzo 2009, n. 15.

Art. 7 Norma transitoria 1. In ragione della necessità di definire in via preventiva gli obblighi contenuti nelle carte di servizi e gli standard qualitativi ed economici di cui all'articolo 1, comma 1, e di valutare l'impatto finanziario e amministrativo degli stessi nei rispettivi settori, la concreta applicazione del presente decreto alle amministrazioni ed ai concessionari di servizi pubblici è determinata, fatto salvo quanto stabilito dal comma 2, anche progressivamente, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e di concerto, per quanto di competenza, con gli altri Ministri interessati. 2. In ragione della necessità di definire in via preventiva gli obblighi contenuti nelle carte di servizi e gli standard qualitativi ed economici di cui all'articolo 1, comma 1, e di valutare l'impatto finanziario e amministrativo degli stessi nei rispettivi settori, la concreta applicazione del presente decreto alle regioni ed agli enti locali e' determinata, anche progressivamente, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, su conforme parere della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281.

Art. 8: Invarianza finanziaria 1. Dall'attuazione del presente provvedimento non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

²⁴⁴ Sembra d'altra parte escluso l'utilizzo del nuovo rito sommario che ai sensi dell'art. 702-bis del c.p.c. è dettato per le controversie in cui il tribunale giudica in composizione monocratica ove invece il comma 4 dell'art. 140-bis riferisce della competenza collegiale del tribunale che decide sull'azione di classe. Si veda a tal proposito l'art. 702-bis che recita: *Nelle cause in cui il tribunale giudica in composizione*

interventi di terzi. Tale scelta, certo, non può non suscitare talune perplessità, legate alla particolare natura del giudizio collettivo risarcitorio, ed in oltre legate alla struttura e al funzionamento del processo civile. Il convenuto sarà, infatti, tenuto a difendersi, con conseguente dovizia e spese, ancor prima che si sia decisa l'eventuale ammissibilità dell'azione collettiva. Ciò, in pratica, sembra precludere al convenuto la possibilità di scegliere una diversa strategia processuale a seconda che ritenga l'azione più o meno suscettibile di successo²⁴⁵.

Si comprende comunque come la soluzione adottata dal legislatore costituisca una forma di compromesso tra le parti in giudizio in quanto, a fronte di tale sforzo iniziale per la parte convenuta, fa da contraltare il rischio per l'attore di dover subire, in caso di inammissibilità dell'azione di classe, una condanna alle spese aggravata ex art. 96 c.p.c.

monocratica, la domanda può essere proposta con ricorso al tribunale competente.

²⁴⁵ Sia con riferimento alla forza intrinseca delle difese e delle pretese avanzate da parte attrice, sia con riferimento alla capacità attrattiva dell'azione proposta e quindi alla capacità di costituire un ampio catalizzatore delle pretese dei soggetti danneggiati.

Quanto al contenuto della domanda, ed in particolare al *petitum*, un aspetto che potrebbe sollevare incertezze applicative attiene alla maggiore o minore specificità della richiesta del *quantum* risarcitorio, aspetto di non poco conto in vista della finale sentenza che potrebbe immediatamente condannare la parte convenuta al risarcimento dell'intero danno sofferto dai soggetti partecipanti all'azione di classe. Tale problema, che trova sua espressione anche nell'indicazione dei fatti costitutivi la pretesa risarcitoria, attiene ai danni sofferti dai singoli componenti della classe, che ben potrebbero essere differenti da caso a caso²⁴⁶, e rispetto a cui l'individuazione del grado di determinatezza della domanda assume cospicua rilevanza²⁴⁷. In tal senso

²⁴⁶ Come rileva GIUSSANI A., *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, su www.judicium.it, «benché in svariate occasioni l'illecito possa ledere una pluralità di soggetti in modo identico, causando a tutti un identico danno, nella maggioranza delle ipotesi l'incidenza dell'illecito sul patrimonio delle sue vittime è diversificata».

²⁴⁷ Secondo quanto affermano MENCHINI S., MOTTO A., *Art. 140 bis*, www.judicium.it: «siamo al cospetto di un fenomeno processuale del tutto nuovo e non conosciuto nel nostro ordinamento, per il quale: a) la domanda giudiziale non fissa, in modo definitivo, l'oggetto del processo [...], il quale si amplia e si arricchisce nel corso del giudizio a seguito delle adesioni, ma definisce il diritto soggettivo-archetipo, in base al quale è determinata la classe di diritti identici per cui è richiesta la tutela».

una soluzione che rintracci nell'esperienza della *class action* americana il suo fondamento potrebbe suscitare talune perplessità, in ragione della diversa *ratio* attribuita dai due ordinamenti alla disciplina del risarcimento dei danni. La funzione risarcitoria nel nostro sistema giuridico assume connotati diversi, generalmente meno legati alla necessità di costituire strumento di regolazione delle condotte degli operatori di mercato e dunque di attribuire un compito di deterrenza, ovvero di redistribuzione del rischio, quanto invece di semplice strumento di ripristino del danno subito. A ciò consegue che l'esatta determinazione del danno singolarmente subito assume in Italia un'importanza centrale²⁴⁸ rispetto a cui il legislatore è sembrato non voler esplicitamente discostarsi (non prevedendo alcuna forma di danno punitivo²⁴⁹).

²⁴⁸ Ciò potrebbe costituire un rischio non irrilevante di naufragio della nuova azione di classe, quanto meno per la sua classica funzione di strumento di economia processuale, ove il compito del giudice venisse inteso come diretto ad una indagine singola che quantifichi il danno subito da ciascun componente della classe.

²⁴⁹ Esiste una maggiore disinvoltura nella determinazione del *quantum* risarcitorio dovuto nel sistema americano in relazione alla *class action*, ed in tal senso la previsione di danni punitivi non pare legato a specifici criteri causali, ma si lega alla richiamata funzione di deterrenza verso condotte -prima ancora che giuridicamente illecite- socialmente

In realtà, nell'azione di classe italiana il singolo soggetto agisce in giudizio per se²⁵⁰, non richiedendo un *quantum* risarcitorio che ricomprenda tutti i componenti della classe, anche se con lo strumento processuale in oggetto chiede che vi sia un'aggregazione delle pretese omogenee dei soggetti danneggiati dall'illecito seriale. Come è stato rilevato, con l'atto di citazione ex art. 140 *bis* cod. cons. si esplica una domanda che ha un duplice contenuto: «in essa l'attore, per un verso, afferma una pretesa individuale e, per altro verso, se si vuole traendo spunto dalla narrazione relativa alla pretesa individuale, va oltre la sua pretesa e configura l'azione appunto come potenziale azione di classe»²⁵¹.

La scelta del meccanismo dell'*opt-in*, per partecipare all'azione di classe, comporterà di conseguenza una domanda individualizzata delle somme richieste dai singoli

riprovevoli (ed in tal senso si abbia riguardo al ruolo giocato dalle giurie popolari nel sistema processuale americano). Per meglio dire, utilizzando le parole di GIUSSANI A., *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, op. cit., «nella cultura giuridica nordamericana [...] la precisione si sacrifica spesso e volentieri all'efficienza».

²⁵⁰ Naturalmente nel caso in cui la parte attrice sia, presumibilmente già prima delle adesioni, un soggetto collettivo, l'eventuale atto di citazione conterrà la richiesta risarcitoria dei singoli soggetti danneggiati.

²⁵¹ BOVE M., *Profili processuali dell'azione di classe*, su www.judicium.it.

componenti del gruppo. Ed invero, la soluzione potrebbe rintracciarsi in un'interpretazione, che trascenda quanto esplicitamente disposto dal legislatore, facendo applicazione analogica della disciplina d'oltreoceano che regola la *class action*, ma che non disciplina precipuamente la determinazione del *quantum*. L'ordinamento americano prevede, infatti, che se è opportuno la Corte suddivida il gruppo in sottoclassi quando la posizione dei membri è tale da richiedere che a tutela dei loro interessi vi siano diversi *lead plaintiff* e *counsel*²⁵². Tale discordanza di interessi potrebbe dipendere da diversi fattori, non escluso la circostanza che i soggetti potrebbero aver subito danni diversi anche in relazione ai diversi effetti dell'unico illecito seriale²⁵³. Ebbene in tali casi un'applicazione analogica della

²⁵² Recita l'art. 23 (C)5 della *U.S.A. Federal Rules of Civil Procedure* "When appropriate, a class may be divided into subclasses that are each treated as a class under this rule".

²⁵³ Si pensi ad esempio nel caso di illeciti derivanti da frodi finanziarie o *securities fraud cases* alle ipotesi in cui i membri della classe potrebbero aver ricevuto informazioni differenti in momenti diversi, ovvero si pensi al caso di soggetti che esposti a materiali nocivi abbiano subito un danno ovvero ad altri che pur esposti non hanno ancora risentito degli effetti nocivi. In tutte queste ipotesi la suddivisione dell'unico gruppo in più sottoclassi persegue la finalità di una tutela più conforme alla posizione di ogni soggetto e della propria posizione.

disciplina all'interno del sistema italiano permetterebbe all'organo giudiziale non solo di ottimizzare i tempi del processo, con la gestione dell'istruttoria agevolata da una differenziazione delle tipologie di danni, ma garantirebbe altresì, specie in sede di eventuale condanna, un'utilizzazione efficace dello strumento processuale con l'emanazione di condanne risarcitorie- ovvero di condanne che determinino i criteri risarcitori- meglio rispondenti alle diverse posizioni dei soggetti danneggiati²⁵⁴. Naturalmente la soluzione non potrà che passare dall'interpretazione dell'espressione "diritti identici", più volte enunciata dal legislatore. La possibilità che il concetto espresso dal legislatore faccia riferimento a tipologie di danni simili e non necessariamente ad una perfetta uguaglianza del

²⁵⁴ In tal senso si veda CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, cit., p. 101. Nello stesso senso era l'opinione, già sotto la precedente formulazione dell'istituto, di GIUSSANI A., *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, op. cit. il quale così rilevava: «un facile esempio, a questo proposito, può individuarsi immaginando che un accordo di cartello abbia prodotto un danno risarcibile nei confronti di consumatori o utenti di prestazioni periodiche o continuative: in tali ipotesi appare senz'altro preferibile che gli aderenti possano essere raggruppati in ragione della durata del loro rapporto, individuando somme minime per ciascun gruppo, e che non si determini alcuna somma minima nei confronti dei componenti del gruppo del cui rapporto non consti l'esatta durata». Si veda anche CAPONI R., *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, op. cit., p. 285.

contenuto del danno²⁵⁵, potrebbe indurre a ritenere possibile ricostruire all'interno della stessa azione di classe diverse tipologie di danni e dunque diversi sottogruppi, con conseguente possibilità che una simile differenziazione possa eventualmente essere pronunciata dal giudice nell'ordinanza di ammissibilità, ovvero nella sentenza collettiva. Il problema si pone più in generale per i poteri del giudice, chiarendo se sussista il classico rapporto con il *petitum*, ovvero se nelle azioni di classe il giudice abbia poteri più ampi. Tale ultima soluzione non appare però perseguibile allo stato ed in mancanza di un esplicito riconoscimento normativo, ferma invece la possibilità che il giudice possa proporre all'attore di modificare l'azione promossa per venire incontro alle esigenze sopra delineate. Il giudice, invitando l'attore proponente a compiere una differenziazione tra le tipologie di danni subiti dai diversi componenti della medesima classe di consumatori ed utenti, ed agendo quindi per ottenere una tutela risarcitoria

²⁵⁵ Si veda in proposito a quanto già detto in § 2.

diversificata in ragione della diversa identità delle pretese, potrebbe attuare probabilmente a valle, nel momento in cui emana la sentenza di condanna, una differenziazione in sottogruppi quale potere che esplicitamente la disposizione normativa non gli attribuisce all'esito del giudizio di ammissibilità²⁵⁶.

5. Competenza giudiziale

Scelta alternativa rispetto al precedente testo dell'art. 140-*bis* costituisce l'attribuzione di una competenza funzionale, in materia di azione di classe, concentrata solo nei tribunali ordinari²⁵⁷ dei capoluoghi di regione del luogo in cui ha sede l'impresa, individuando altresì una concentrazione della competenza così delineata, per talune regioni, solo in tribunali specificamente individuati dal legislatore²⁵⁸. La

²⁵⁶ Si veda in tal senso quanto espresso in nota 33.

²⁵⁷ Che giudicano in composizione collegiale, vista l'ultima proposizione del comma 4° del nuovo art. 140-*bis* cod.cons., senza possibilità di delega anche in fase di istruzione.

²⁵⁸ Come infatti recita l'art. 140-*bis* comma 4° del Cod. cons., come modificato dalla Legge 23 luglio 2009, n. 99: *per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli.*

soluzione potrebbe certamente sollevare critiche per una scelta di politica legislativa che rende maggiormente difficoltosa la proposizione di un'azione di classe. Ma si tratta pur sempre di una scelta legislativa che, presa per ciò che è, impone all'interprete unicamente due riflessioni. La prima è che certamente non pare incostituzionale la previsione legislativa che restringe la competenza di alcune controversie in specifici tribunali. In secondo luogo, è agevole cogliere la *ratio* sottesa alla scelta in questione, individuandosi probabilmente nella volontà di rendere maggiormente difficoltosa la proposizione di un'azione di classe, ma conseguentemente e dunque, meglio ponderata la scelta del soggetto che, azionando tale istituto, potrebbe arrecare un non lieve danno all'impresa convenuta. La scelta di limitare solo a pochi tribunali la competenza a decidere sulle azioni di classe porta alla considerazione che la stessa potrà condurre a soluzioni meno diversificate e maggiormente controllabili²⁵⁹, trattandosi di una disciplina

²⁵⁹ Basti pensare, allo stato dell'arte, al caos giuridico che potrebbe prodursi nel caso in cui si riconoscesse competenza a tutti i tribunali italiani, con il rischio di ottenere centinaia di interpretazioni diversificate

nuova ed allo stato bisognosa di interventi correttivi, la cui assenza imporrà all'interprete soluzioni interpretative nuove ed in taluni casi "sperimentali" per il nostro ordinamento.

Il riferimento alla sede dell'impresa come criterio per l'individuazione della competenza territoriale impone alcune riflessioni²⁶⁰. Il codice civile si occupa, tra le altre disposizioni, di indicare la sede sociale all'interno della disciplina delle imprese commerciali e delle altre imprese soggette a registrazione presso il registro delle imprese, individuando la stessa tra gli elementi cui è necessaria l'allegazione ai fini della relativa iscrizione nel registro²⁶¹, nonché ai fini dell'individuazione del registro delle imprese ove l'impresa andrà iscritta. La dottrina²⁶² e la

della stessa disciplina. In tal senso si veda anche GALLETTO T., *L'azione di (seconda) classe*, cit., p. 148.

²⁶⁰ Recita il comma 4 del nuovo art. 140-bis Cod. Cons.: *La domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa.*

²⁶¹ L'art. 2196 c.c. dispone al comma 1 che *Entro trenta giorni dall'inizio dell'impresa l'imprenditore che esercita un'attività commerciale deve chiedere la iscrizione all'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione stabilisce la sede, indicando:1) il cognome e il nome, il luogo e la data di nascita, la cittadinanza;2) la ditta;3) l'oggetto dell'impresa;4) la sede dell'impresa; 5) il cognome e il nome degli institori e procuratori*".

²⁶² Per l'individuazione del concetto di sede dell'impresa in dottrina si veda GALGANO F., *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1988, VII, p.

giurisprudenza, con principio consolidato²⁶³, hanno costantemente identificato il concetto di sede dell'impresa come il luogo dove si accentra la direzione ed amministrazione delle operazioni sociali, ovvero il luogo ove l'imprenditore promuove sul piano organizzativo i propri affari. La mancata qualificazione della sede dell'impresa potrebbe ingenerare il dubbio se, con l'espressione di cui al comma 4 del nuovo art. 140-*bis*, il legislatore abbia voluto far riferimento alla sede legale²⁶⁴

77 ss. Si confronti sul punto quanto osservato da FRÈ G., *Società per azioni*, in *Comm. cod. civ.* a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G., Libro V, Del lavoro, Bologna-Roma, 1972, p. 198 ss., secondo cui per la determinazione del concetto di sede della società: «debba aversi riguardo al luogo dove è accentrato il congegno direttivo ed amministrativo delle operazioni sociali, considerandosi che deve avere in proposito rilevanza non tanto e non solo il fatto che in tale luogo si riuniscono l'assemblea o il consiglio di amministrazione»; e ancora: CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, Torino, 1999, II, p. 149 ss.; DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995, p. 185 ss.; ANGELICI C., *La costituzione della società per azioni*, in Trattato di diritto privato diretto da RESCIGNO P., XVI, Torino, 1985, p. 229 ss.; BUONOCORE V., CASTELLANO G., COSTI R., *Casi e materiali di diritto commerciale, Società di persone*, I, Milano, 1978, p. 711; GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962, p. 195; GALGANO F., *Le società per azioni. Principi generali*, in Il Codice Civile Commentario diretto da SCHLESINGER P., Milano, 1996, p. 213 ss

²⁶³ In tal senso si vedano tra le altre Cass. 14 Settembre 2004 n. 1853, in Giust. Civ. Mass. 2004 f. 9, Cass. 21 Marzo 2003 n. 4206, in Giust. Civ. 2003, I, 1513.

²⁶⁴ In giurisprudenza, specie in quella fallimentare, è affermata la presunzione semplice, con la possibilità di dare prova contraria, che equipara la sede legale dell'impresa alla sede ove effettivamente è concentrata l'attività direzionale dell'impresa (in tal senso si vedano tra le altre Cass. civile, sez. I, 15 marzo 2005, n. 5570; Cass. 18 maggio 2006 n. 11732). D'altra parte è indicativo in senso contrario l'art. 25

dell'impresa ovvero ad altra sede anche secondaria²⁶⁵. In realtà sembra quindi altamente probabile che il legislatore, così come nelle altre disposizioni codicistiche in cui ricorre l'espressione, riferendosi alla sede dell'impresa abbia voluto fare riferimento alla sede legale²⁶⁶. Avrebbe probabilmente

comma 1 del D.lgs. n. 5 del 2003, ove il legislatore ha esplicitamente indicato il criterio della sede legale ai fini dell'individuazione della competenza giudiziale in materia cautelare, ed ha quindi privato di rilievo il criterio della sede effettiva dell'impresa. Con tale disposizione infatti, secondo quanto sostenuto anche dalla Corte Costituzionale (si veda Sent. 10 Maggio 2005, n. 194) il legislatore ha perseguito «la finalità di evitare incertezze e contestazioni in merito all'individuazione del giudice competente, adottando un criterio incontrovertibile».

²⁶⁵ Come anche illustrato in dottrina, si veda FERRUCCI A.- FERMENTINO C., *Le Società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, Giappichelli 2001, p. 53, il concetto di sede secondaria si riferisce giuridicamente a sedi «caratterizzate dalla sussistenza di un rapporto di dipendenza economica ed organizzativa con la sede principale». Il codice civile prevede la costituzione di sedi secondarie per l'imprenditore all'art. 2197 c.c. che recita: *L'imprenditore che istituisce nel territorio dello Stato sedi secondarie con una rappresentanza stabile deve, entro trenta giorni, chiederne l'iscrizione all'ufficio del registro delle imprese del luogo dove è la sede principale dell'impresa. Nello stesso termine la richiesta deve essere fatta all'ufficio del luogo nel quale è istituita la sede secondaria, indicando altresì la sede principale, e il cognome e il nome del rappresentante preposto alla sede secondaria.*

²⁶⁶ Anche il codice di procedura civile nella individuazione del foro competente per le persone giuridiche, all'art. 19, non attribuisce alcuna aggettivazione alla sede sociale, individuando in subordine la competenza del giudice del luogo dove la persona giuridica ha uno stabilimento e un rappresentante autorizzato a stare in giudizio per l'oggetto della domanda (Si veda art. 19 c.p.c. comma 2). La circostanza che il riferimento debba essere inteso come sede legale sembrerebbe essere confermata anche dalla circostanza che, nei casi in cui il legislatore ha voluto attribuire rilevanza alla sede secondaria dell'impresa ha esplicitamente utilizzato espressioni meno generiche ed equivocabili (si veda in tale senso l'art. 2197 c.c., sopra richiamato, che si riferisce alla possibilità di costituire sedi secondarie, con la particolarità di introdurre un parallelismo tra sede principale e sede legale dell'impresa; ovvero si pensi ancora all'art. 19 c.p.c. che al comma

costituito una soluzione meno problematica l'adozione dello stesso criterio utilizzato dal legislatore in sede di disciplina fallimentare. In tale disciplina il legislatore non solo incentra esplicitamente la competenza territoriale del Tribunale sul criterio della sede principale dell'impresa- in tal modo superando la presunzione semplice sede legale/sede effettiva- ma altresì tenta una soluzione al problema del c.d. *forum shopping* nella disciplina fallimentare, ovverosia degli spostamenti dell'impresa compiuti in prossimità dell'istanza di fallimento. Stabilisce, infatti, il comma 2 dell'art. 9 del R.D. 16 marzo 1942 n. 267, così come modificato dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 e dal D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, che il trasferimento della sede dell'impresa nell'anno antecedente il deposito del ricorso non rileva ai fini della determinazione della competenza²⁶⁷.

2 prevede una competenza alternativa a quella della sede dell'impresa individuando la stessa nel luogo in cui la persona giuridica ha uno stabilimento).

²⁶⁷ Per una completa analisi della competenza del Tribunale fallimentare ed in generale della riforma fallimentare si rinvia a SANTANGELI FABIO a cura di , *Il nuovo Fallimento. Commentario al R.D. 16 marzo 1942 n. 267 coordinato con le modifiche apportate dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 e dal D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5*, Milano, 2006 pag. 35 ss.

Nulla, però, dice la disposizione dell'ipotesi in cui l'impresa abbia sede all'estero. In tali casi la soluzione che appare perseguibile è l'applicazione dei principi generali di competenza e, una volta individuata la regione di competenza radicare la stessa nel tribunale del capoluogo. A tal proposito, occorre richiamare come la circostanza che un'impresa, responsabile di danni seriali prodotti a consumatori e utenti residenti in Italia, abbia sede all'estero non sembra essere di per se ostativa all'individuazione della giurisdizione del giudice italiano. Occorre dire come il precedente testo normativo, pur non disciplinando in modo analogo la competenza territoriale dei tribunali, aveva dettato il medesimo criterio della sede dell'impresa, nulla disponendo in caso di impresa con sede all'estero. In dottrina²⁶⁸, già con riferimento al precedente testo si era avanzata una ricostruzione della giurisdizione del giudice

²⁶⁸ Si veda CONSOLO C., *L'azione risarcitoria di classe "di nuovo in cantiere": comunque, quale giurisdizione sulle imprese convenute straniere?*, su *Corriere Giur.*, 2008, fasc. 3-4, Intl. Lis., p. 124 ss., ovvero anche CONSOLO in, CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 150.

italiano riferita alle regole di giurisdizione uniformi del Reg. n. 44/2001.

E dunque, ove l'impresa straniera commetta l'illecito (extracontrattuale) nell'ambito delle attività concernenti una succursale, agenzia o qualsiasi altra sede secondaria situata in Italia, sarà attribuita la giurisdizione del giudice italiano ai sensi dell'art. 5 n. 5 del Regolamento 44/2001²⁶⁹. Se invece l'impresa straniera non abbia nel territorio della Repubblica una sede secondaria, vi sarà comunque giurisdizione del giudice italiano, ai sensi dell'art. 5, n. 3 del Regolamento, ove l'evento dannoso ovvero la condotta lesiva si siano verificate materialmente nel territorio italiano²⁷⁰.

Nel caso in cui invece l'impresa con sede all'estero commetta un illecito contrattuale il Regolamento n. 44 del 2001 detta un criterio specifico avente ad oggetto la materia

²⁶⁹ Che stabilisce: *La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro [...] qualora si tratti di controversia concernente l'esercizio di una succursale, di un'agenzia o di qualsiasi altra sede d'attività, davanti al giudice del luogo in cui essa è situata.*

²⁷⁰ L'art. 5, n. 3 del Regolamento n. 44/2001 individua la giurisdizione italiana: *in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire.*

dei contratti conclusi dai consumatori per l'individuazione della giurisdizione italiana ex artt. 15 e ss. In realtà l'invocabilità del criterio del foro del consumatore per radicare la giurisdizione del giudice italiano ha suscitato qualche perplessità, anche in considerazione di una pronuncia della Corte di Giustizia (01/10/2002, C-167/00, Henkel)²⁷¹ che ha escluso l'applicazione del foro del consumatore nel caso di un'azione collettiva inibitoria. Tale orientamento però non sembra trovare spazio con riferimento allo strumento dell'azione di classe, in quanto come rilevato in dottrina «attesa tuttavia la necessità di rimarcare la profonda differenza tra azioni collettive inibitorie ed azioni collettive risarcitorie, quasi una *class action* per noi, pare preferibile escludere l'estensione della giurisprudenza Henkel dalle prime alle seconde»²⁷². Di

²⁷¹ Su Int'Lis 2004,1,19, con nota di GARDELLA, *Giurisdizione su illeciti senza danno: l'applicazione dell'art. 5, n. 3, Conv. Bruxelles alle azioni preventive*.

²⁷² Si veda CONSOLO C., in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 150; ovvero in *L'azione risarcitoria di classe "di nuovo in cantiere": comunque, quale giurisdizione sulle imprese convenute straniere?*, op. cit., p. 125. Tale ricostruzione, naturalmente opera in relazione alla diversa funzione dei due strumenti processuali collettivi, prescindendo da una eventuale difforme ricostruzione della natura della situazione giuridica oggetto di

conseguenza, al fine di radicare la giurisdizione del giudice italiano in caso di illecito contrattuale che coinvolga un'impresa straniera, troverà applicazione l'art. 15 comma 2, che dispone: *qualora la controparte del consumatore non abbia il proprio domicilio nel territorio di uno Stato contraente, ma possieda una succursale, un'agenzia o qualsiasi altra filiale in uno Stato contraente, essa è considerata, per le contestazioni relative al loro esercizio, come avente domicilio nel territorio di tale Stato.* Qualora non si tratti, invece, di controversie legate all'esercizio di una succursale, agenzia o filiale, troverà applicazione il criterio del domicilio del consumatore²⁷³ ovvero del luogo in cui è commesso l'illecito.

L'applicazione del criterio del luogo in cui è commesso l'illecito, sia con riferimento ad illeciti aquiliani, che ad illeciti contrattuali, solleva molte perplessità al fine di

tutela.

²⁷³ A tal proposito l'art. 16 del Regolamento U.E. n. 44 del 2001 dispone che *L'azione del consumatore contro l'altra parte del contratto può essere proposta o davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliata tale parte, o davanti ai giudici del luogo in cui è domiciliato il consumatore.*

determinare la competenza territoriale del giudice italiano, vista la peculiare caratteristica dell'azione di classe e la conseguente pluralità di soggetti danneggiati dall'illecito seriale, che difficilmente saranno domiciliati nella medesima regione o si troveranno nello stesso luogo di commissione dell'illecito. La soluzione in tali casi sembrerebbe consistere nel ritenere sussistente la giurisdizione italiana e competente il giudice, ai sensi del comma 14 del nuovo testo dell'art. 140-*bis* del cod. del consumo, nei cui confronti sarà proposta per prima la domanda introduttiva del giudizio. In ogni caso, la peculiare disciplina della competenza territoriale dettata dal legislatore nell'azione di classe, induce a ritenere competente non il Tribunale territorialmente competente secondo il criterio della residenza del consumatore, quanto il Tribunale del capoluogo di regione, a norma del comma 4 a del nuovo art. 140-*bis*, con conseguenziale spostamento della competenza giudiziale.

Naturalmente le ipotesi sopra evidenziate fanno riferimento ai casi di imprese straniere con sede in uno stato membro dell'U.E., ma anche ove l'impresa fosse extracomunitaria le soluzioni non cambierebbero atteso che troverà applicazione l'art. 3 della l. 218/95, il quale rinvia alle Sezioni II, III, IV della Conv. Bruxelles, sostanzialmente analoghe a quelle del sopravvenuto Reg. n. 44/2001²⁷⁴.

Infine l'ipotesi di proposizione dell'azione di classe innanzi ad un giudice incompetente dovrebbe comportare l'applicazione dell'art. 28 c.p.c., vista la presenza, pur se solo nella prima fase, del P.M., e dunque il giudice dovrà, nella prima udienza, anche prima del giudizio di ammissibilità, verificare la propria competenza con tutte le conseguenze previste dalla disciplina generale del c.p.c.

6. La prima udienza e il giudizio di ammissibilità

²⁷⁴ Così CONSOLO C., *L'azione risarcitoria di classe "di nuovo in cantiere": comunque, quale giurisdizione sulle imprese convenute straniere?*, op. cit., p. 126, ovvero in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 150.

Anche il nuovo testo dell'art. 140-*bis* riproduce l'apposita fase del giudizio di ammissibilità, già previsto dal precedente istituto dell'azione collettiva risarcitoria, con ciò continuando a dare risposta a quanti avevano avanzato il rischio che un tale strumento avrebbe potuto mettere in ginocchio il sistema economico delle imprese, ed esporre queste ultime ad abusi anche da parte di speculatori, specie quando l'impresa convenuta fosse quotata in borsa. Attraverso il giudizio di ammissibilità il giudice ammetterà con ordinanza²⁷⁵, reclamabile nel termine perentorio di

²⁷⁵ Aspetto da approfondire è, poi, se sia possibile ricorrere avverso l'ordinanza emanata, dinanzi alla Corte di Cassazione, ai sensi dell'art 111 comma 7 Cost., specie nell'ipotesi di inammissibilità. Una tale pronuncia, decidendo, però, su questioni giuridiche, si tradurrebbe in senso sostanziale in una sentenza che incide su diritti soggettivi e si dovrebbe allora ammettere il ricorso in Cassazione con un conseguente aggravamento del procedimento (Si veda rispetto alla versione precedente dell'azione collettiva risarcitoria CONSOLO C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, op. cit., p. 7. In tal senso anche COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis cod. consumo*, op. cit., p. 23, che sottolineava però come l'ordinanza di rigetto avesse un'efficacia meramente endoprocedimentale: «non sembra possa essere utilizzata da (o contro) coloro che hanno aderito; nei confronti di costoro fa stato soltanto la sentenza di accoglimento o di rigetto della domanda»). Secondo altra parte della dottrina, invece l'ordinanza, probabilmente anche quando decide per l'inammissibilità, non presenterebbe i caratteri della definitività, non avrebbe la stabilità del giudicato e non produrrebbe l'efficacia preclusiva del dedotto e del deducibile: ciò comporta che l'attore potrebbe anche ripresentare, pur in assenza di elementi sopravvenuti, una nuova istanza, «sia deducendo

trenta giorni davanti alla Corte d'Appello²⁷⁶, solo le azioni di classe che rispondano ai requisiti dettati dal comma 6 del nuovo art. 140-*bis*, con l'ulteriore garanzia di poter ottenere a carico della parte attrice una condanna aggravata alle spese, ex art. 96 c.p.c., in caso di inammissibilità dell'azione²⁷⁷.

I criteri di ammissibilità della non manifesta infondatezza dell'azione di classe, nonché dell'insussistenza di un conflitto di interessi, indicati al comma 6 del nuovo art. 140-

nuove prove, sia allegando nuovi fatti quantunque già esistenti, sia, più semplicemente, meglio configurando l'azione in punto di diritto» (MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, op. cit.; nello stesso senso CARRATTA A., *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, op.cit., p. 732).

²⁷⁶ Ai sensi del comma 7° la Corte d'appello decide con ordinanza entro il termine di 40 giorni nelle forme del procedimento camerale. Il reclamo non sospende il giudizio, ma occorrerebbe comprendere la possibilità di sospensione in caso di decisione della Corte d'Appello. Sembrerebbe affermarsi la soluzione negativa per una serie di ragioni, non essendovi alcun esplicito riferimento in tal senso nelle disposizioni normative né potendosi applicare un principio generale, assente, ovvero un'applicazione anche analogica dell'art. 669terdecies c.p.c., non essendo il rito in oggetto un procedimento cautelare.

²⁷⁷ Come recita il comma 6°: *all'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo*. Il legislatore tiene dunque conto, prevedendo la sospensione facoltativa del giudizio prima del procedimento di ammissibilità, di una eventuale sovrapposizione di tutele che sono state talora previste dall'ordinamento per tutelare il diritto individuale.

bis, ripetono pedissequamente il contenuto della precedente formulazione dell'istituto. Il primo requisito costituisce un filtro sommario²⁷⁸ sul merito volto ad eliminare il rischio che lo strumento possa essere utilizzato per finalità diverse dalla preminente tutela dei diritti individuali omogenei²⁷⁹. Come è stato rilevato in dottrina «codesta manifesta infondatezza crediamo debba riguardare più che altro una prognosi *in iure*, ossia sulle tesi giuridiche poste a base della anti-giuridicità rimproverata all'impresa, piuttosto che una minuta delibazione fattuale sui contegni tenuti, che mal si addice a questo tipo di fattispecie azionabili»²⁸⁰.

L'accertamento dell'assenza di conflitti di interessi, suscita invece qualche perplessità. Posto, infatti, che non debba presentarsi una convergenza di interessi tra l'attore e

²⁷⁸ In dottrina si è fatto riferimento a tale giudizio come accertamento della sussistenza di un *fumus boni iuris*, GALLETTO T., *L'azione di (seconda) classe*, cit., p. 149.

²⁷⁹ Compito del giudice nel riscontro del requisito della non manifesta infondatezza dell'azione sarà quello di accertare attraverso un esame sommario l'esistenza di un ragionevole dubbio sull'accoglimento dell'azione proposta e dunque del danno lamentato, in modo da escludere che esso sia del tutto inverosimile o inventato, non ammettendo l'azione di classe solo nel caso in cui tale requisito risultasse carente.

²⁸⁰ CONSOLO in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 156.

controparte, tale esame necessiterà probabilmente un'estensione della valutazione anche alla persona del legale che assiste l'attore nella gestione dell'azione di classe, con il rischio in tal caso di una duplicazione di criteri di accertamento quando il giudice dovrà riscontrare il requisito dell'adeguata rappresentanza. L'ulteriore accertamento che la corte dovrà disporre sarà riferito alla sussistenza del requisito di identità dei diritti individuali omogenei. Si rinvia in tale senso a quanto sopra esposto sull'interpretazione del concetto di identità dei diritti²⁸¹, nonché sulla possibilità che il giudice, nella fase di ammissibilità, eserciti un potere di suddivisione della classe per categorie di danni risarcibili²⁸². Ciò che, però, può rilevarsi in questa fase è che, a differenza della precedente formulazione dell'art. 140-*bis* cod. cons., l'attuale ricostruzione del giudizio di ammissibilità sembrerebbe

²⁸¹ Si rinvia a § 2.

²⁸² In tal senso si veda nota 33.

ridurre le possibilità che, in tale fase, la Corte possa esperire un'attività istruttoria non documentale²⁸³.

Un'analisi comparativa tra il giudizio di ammissibilità e la fase della *certification* della *class action* evidenzia una differenza tra i due istituti che fa del modello americano uno strumento di maggiore garanzia, sia per i componenti del gruppo dei danneggiati, sia per la parte convenuta in giudizio. Negli Stati Uniti, perché si possa qualificare un'azione come *class action*, occorre si verificino anzitutto e sempre una serie di requisiti indicati nella *rule 23 sub a*), in particolare: (a1) una moltitudine di soggetti -attori o convenuti- (*numerosity*), (a2) questioni di fatto o diritto comuni a tutti i membri della classe (*commonality*), (a3) la pretesa di colui che rappresenta la classe deve essere la medesima pretesa che farebbe valere qualunque altro

²⁸³ Nel vigore della precedente disposizione era orientato nel senso di escludere che il giudizio di ammissibilità fosse unicamente basato sul presupposto *si vera sunt exposita*, CONSOLO, in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., Obiettivo *Class action*: l'azione collettiva risarcitoria, op. cit., p. 157, il quale fondava il proprio rilievo sulla base dello specifico richiamo ai poteri della Corte che si pronunciava -ex comma 3 precedente art. 140-bis cod. cons.- *sentite le parti e assunte quando occorre sommarie informazioni*. Tale riferimento è invece scomparso nel nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons.

membro della classe (*typicality*). Emerge, quindi, chiaramente come il legislatore italiano, pur ispirandosi al più famoso strumento processuale d'oltreoceano, non sia stato in grado di apprezzarne la chiarezza e completezza dispositiva. Manca, infatti, nell'azione di classe italiana un riferimento quantitativo ai componenti della classe attrice. Vi è da chiedersi quindi se ed in quale misura, pur in assenza di alcuna previsione normativa al riguardo, si possa valutare il profilo della quantità dei soggetti che compongono la classe per valutare l'ammissibilità dell'azione²⁸⁴. Tale problema era del tutto assente nella precedente ed originaria formulazione dell'art. 140-*bis*, ove il numero dei soggetti componenti dell'azione di classe non assumeva certamente rilevanza, quanto all'ipotesi in cui la

²⁸⁴ Si potrebbe ad esempio, con interpretazione elastica, ritenere che rientri all'interno della non manifesta infondatezza dell'azione di classe la circostanza che i soggetti che compongono la classe siano in numero tale da rendere più agevole l'esercizio di un'unica azione invece che di una pluralità di controversie, ovvero ritenere che verosimilmente il giudice terrà conto di tale requisito per accertare la sussistenza dell'adeguata rappresentanza del soggetto proponente visto il rischio che la classe danneggiata potrebbe correre nel caso di azione proposta con la precisa finalità di precludere successive azioni di classe, magari concludendo un accordo transattivo, dopo la scadenza del termine per presentare le adesioni, a condizioni davvero svantaggiose per la classe.

legittimazione era attribuita alle associazioni dei consumatori riconosciute ed iscritte nell'apposito albo ministeriale, mentre talune perplessità, in effetti, potevano avanzarsi in relazione ai comitati costituiti appositamente che potevano agire se adeguatamente rappresentativi. Ciò non di meno non vi erano disposizioni da cui poteva ricavarsi la necessità di un numero minimo di componenti della classe. Taluni disegni di legge di riforma della precedente formulazione normativa, invero, introducevano dei veri e propri requisiti quantitativi²⁸⁵. L'assenza nell'attuale formulazione dell'istituto di riferimenti in tal senso, unitamente all'estensione delle legittimazione ad agire a ciascun componente del gruppo dei soggetti danneggiati, appare quanto meno problematico, anche per la differenza nella stessa procedura di ammissibilità di poteri

²⁸⁵ Il testo base approvato dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati in questa legislatura – a seguito dell'esame dei ddl n. C. 410, C. 1845 e 1824- al comma 5 prevedeva: *“L'azione è ammessa quando: il numero dei consumatori o utenti che aderiscono al comitato è almeno pari a duecentocinquanta persone fisiche; risultano soddisfatti gli adempimenti di cui al comma 3; concorrono elementi di fatto e di diritto che ne attestino la fondatezza. Nel caso in cui al comitato aderiscano una o più associazioni rappresentative dei consumatori e degli utenti, l'azione è ammessa se il numero dei medesimi è almeno pari a cento persone fisiche”*.

attribuiti al giudice pari a quelli previsti nella *certification* americana, ove la valutazione del giudice può spingersi sino ad accertare la stessa opportunità di esercizio dell'azione in forma collettiva rispetto a quelle individuali²⁸⁶. Il rischio che è stato rilevato, anche nel corso 2° passaggio del testo alla Camera dei Deputati²⁸⁷, è l'astratta possibilità di avere innumerevoli proposizioni di azioni di classe in cui ciascun gruppo potrebbe essere composto da poche unità di soggetti, con conseguente intasamento dei tribunali aditi e con risultati del tutto opposti alla funzione di economia processuale ed di semplificazione procedurale cui è votato l'istituto. In realtà, sia la disciplina sui criteri di competenza territoriale dei tribunali, sia la disciplina sulla concentrazione delle diverse azioni di classe proposte entro il termine di cui al comma 9 del nuovo art. 140-*bis*, ed

²⁸⁶ D'altra parte anche la giurisprudenza americana oscilla nella individuazione di un numero minimo di componenti della classe. Emblematico è il caso della pronuncia *New Castle v. Yonkers Contracting Co.*, 131 F.R.D. 38, 40 (D.N.J. 1990) in cui si è certificata una classe con soli 36 componenti, come si ricava da BONA in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 10.

²⁸⁷ Si veda in tal senso l'intervento dell'On. Manlio Contento, nel corso della seduta in aula n. 193 di giovedì 25 giugno 2009 in merito all'esame dell'art. 49- A.C. 1441-ter-C.

infine il regime di preclusione all'esercizio di ulteriori azioni di classe, sembrano ridurre il rischio di una pluralità di giudizi collettivi risarcitori attivati in diversi tribunali e di conseguenza evitare la paralisi dell'attività processuale²⁸⁸.

Costituisce, invece, un passo verso la *certification* un ulteriore requisito oggetto di esame da parte della corte nel giudizio di ammissibilità²⁸⁹, e cioè che il proponente appaia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe²⁹⁰.

Si tratta di un requisito già previsto dalla *class action* americana²⁹¹, il cui inserimento all'interno del procedimento di ammissibilità appare assai interessante. Tale requisito assicura un intervento riconosciuto all'organo giudiziale molto incisivo, già nella prima udienza, per il nostro sistema processuale abbastanza irrituale, ma non certo

²⁸⁸ Si rinvia a quanto esposto in tal senso al par. 5.

²⁸⁹ In tal senso anche CAPONI R., *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, op. cit.

²⁹⁰ Secondo GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c. cons.*, op. cit. p. 1240, il requisito «evoca non la quantità di consensi per l'operato del proponente presso la categoria di riferimento, ma l'efficacia della sua iniziativa nella tutela dei diritti dei suoi componenti».

²⁹¹ Si veda in proposito la *rule 23 sub (a4)* che fa riferimento alla *fair and adequate representation*, inteso nel senso di garanzia a che il *class representative* sia in grado di rappresentare la classe in maniera leale, tecnicamente ed economicamente adeguata, senza conflitti di interesse e nel miglior modo possibile per tutelare gli interessi dei rappresentati.

incostituzionale. Come, infatti, ha rilevato la dottrina, l'adozione di criteri di questo genere non contrasta con il comma 3° dell'art. 24 della costituzione, che «riguarda le azioni individuali, e non impedisce che le predette condizioni si applichino invece all'imputazione delle azioni collettive; la loro previsione si può dunque giustificare proprio affinché l'azione collettiva costituisca un efficace strumento per realizzare concretamente la tutela delle situazioni di vantaggio individuali»²⁹², ed inoltre gli altri soggetti rimangono comunque liberi di far valere individualmente, ovvero in gruppo, ma con l'esercizio dell'azione ordinaria, la tutela dei propri diritti. Da una parte quindi la previsione di un meccanismo di ingresso nella classe *-opt-in-*, da parte dei componenti del gruppo dei danneggiati, potrebbe portare alla considerazione che sia il singolo consumatore o utente che si assume il rischio di una

²⁹² Pur se, alla luce della precedente disciplina dell'azione collettiva risarcitoria, ove il requisito aveva una valenza attributiva della legittimazione ad agire dei comitati appositamente costituiti, ai sensi del comma 2° della precedente versione dell'art. 140-bis del cod. cons., si veda GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c. cons.*, op.cit. p. 1241.

valutazione che tenga conto dell'adeguata rappresentatività della parte attrice, considerando tale ulteriore requisito come un limite eccessivamente severo. D'altra parte però il meccanismo delineato dal legislatore con il nuovo art. 140-*bis* non prevede la proposizione di ulteriori e successive azioni di classe, e dunque s'impone la necessità che l'istituto in oggetto venga riservato e dunque ammesso solo nei casi in cui l'azione vada a buon fine, garantendo alla classe la migliore difesa possibile.

La scelta di un tale ulteriore requisito appare, poi, più che ragionevole alla luce del nuovo meccanismo delle adesioni. L'aderente, infatti, sarà incentivato dalla partecipazione all'azione di classe proprio in ragione del fatto che nessun costo sarà tenuto a sostenere, ma con il rischio in caso di sconfitta di veder pregiudicato il proprio diritto, non più altrimenti tutelabile. Ebbene appare giusto che in ragione di una decisione che avviene in assenza di alcun indispensabile consiglio legale²⁹³ sia previsto un intervento di garanzia del

²⁹³ Come infatti recita il comma 3 del nuovo art. 140-bis: *I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore. L'adesione*

giudice, e su tale controllo giudiziale farà sicuramente affidamento il singolo danneggiato che voglia poi aderire alla classe. Tale controllo giudiziale, anzi, dovrà essere particolarmente incisivo, proprio in merito all'esame della capacità della parte di curare adeguatamente gli interessi, per evitare che il convenuto possa essere messo in condizione di confrontarsi con un attore non sufficientemente capace. E, dunque, l'esame si estenderà sull'assistenza legale²⁹⁴, scelta dalla parte attrice, sulle sue capacità e sul livello di preparazione tecnica nella gestione

comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15. Ciò non significa naturalmente che in ogni caso l'aderente non chiederà consiglio legale prima di esercitare l'atto di adesione.

²⁹⁴ Come già ricordato, nell'ordinamento americano, la scelta dell'avvocato che assiste la classe è legata alla scelta del *class representative*. Invero, però, non è detto che il *counsel* proposto sia colui a cui si affiderà la gestione della *class action*. Ed infatti, sarà la Corte, nel caso in cui più avvocati si propongano (o meglio vengano proposti da altrettanti aspiranti *class representative*) per il ruolo di *class counsel* ad individuare chi sia meglio in grado di rappresentare gli interessi della classe. A tal fine, come si ricava da BONA in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 19, il giudice considererà diversi profili tra cui: 1) l'impegno profuso dal legale nell'identificazione o nella ricerca delle pretese che confluiscono nella *class action*; 2) l'esperienza dell'avvocato nel seguire *class action* o controversie con livelli di complessità elevati; 3) la conoscenza del diritto da applicare all'azione proposta; 4) le risorse che il legale si impegna ad investire nella conduzione dell'azione; 5) la capacità dell'avvocato a rappresentare adeguatamente e correttamente gli interessi della classe.

di un giudizio con un numero potenziale di soggetti rilevante, sull'indipendenza dei legali che assistono l'attore e - cosa molto importante nel caso in cui siano previsti costi da anticipare nella controversia²⁹⁵ - sull'esistenza ovvero sulla capacità di reperire le risorse finanziarie necessarie²⁹⁶. Un esame che, naturalmente, anche a segnare la distinzione sulla diversa legittimazione e formazione dell'organo giudiziale italiano da quegli altri ordinamenti²⁹⁷, sarà

²⁹⁵ Anche se è possibile che il giudice possa disporre a carico del convenuto l'anticipazione di costi della controversia.

²⁹⁶ Come rileva CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, cit., p. 36, il Giudice dovrà verificare se il proponente presenti caratteristiche tali da far supporre gravi inadeguatezze da valutarsi anche sul piano delle risorse organizzative, mentre non sarebbe proponibile nel nostro sistema che il controllo giudiziale si estenda a valutare presunte carenze nel profilo curriculare del difensore tecnico dell'attore.

²⁹⁷ A differenza del sistema giudiziario americano l'accesso alla magistratura italiana, così come il ruolo formativo e culturale dei sistemi di *civil law* impediscono alla figura del giudice forme di discrezionalità che possono sfociare in valutazioni politiche. Come recita l'art. 101 comma 2 Cost. *I giudici sono soggetti solo alla legge*. Negli Stati Uniti il giudice -federale e statale- esercita la sua funzione non solo con l'attribuzione di poteri maggiori rispetto al giudice dei sistemi di *civil law*, ma altresì con una più ampia valutazione discrezionale adottabile nelle sue decisioni, e ciò alla luce di una forma di legittimazione, direttamente ovvero indirettamente, democratica non presente nel nostro sistema. Ed infatti i giudici federali della Corte Suprema, di Corte d'Appello, dei tribunali distrettuali e del Tribunale per il Commercio Internazionale sono nominati in base all'Articolo III della Costituzione americana. La loro candidatura e nomina è affidata al Presidente degli Stati Uniti e deve essere confermata a maggioranza dal Senato. È quindi evidente la carica politica che sta alla base della selezione e legittimazione dei magistrati posto che i candidati sono in genere scelti dal Presidente da un elenco presentato dai Senatori o da altri funzionari

puramente tecnico e volto ad accertare la rispondenza ai parametri legislativamente prefissati dell'azione proposta, segnato da limiti che impediranno al giudice di compiere apprezzamenti sulle ragioni per cui il proponente agisce in giudizio per la tutela collettiva.

In conclusione si assiste ad un avvicinamento del nostro giudizio di ammissibilità alla *certification* americana, ma ciò non basta per cercare di equipararne gli effetti, visti gli ampi poteri riconosciuti all'organo giudiziale americano, che consentano allo stesso di estendere la sua valutazione alla possibilità di escludere la *class action* anche nell'ipotesi in cui, pur ricorrendo i requisiti legislativamente previsti, appaia opportuno, per ragioni di efficienza processuale, l'esercizio di un'azione ordinaria invece di una *class action*²⁹⁸.

appartenenti al partito del Presidente all'interno dello stato per il quale avviene la nomina. Anche i giudici statali ricevono una forma di legittimazione democratica. Nella maggior parte dei casi, infatti, vengono eletti dal pubblico con elezioni generali o nominati dal governatore dello stato per un primo periodo in carica, e possono essere riconfermati per uno o più periodi successivi con il voto di tutti i cittadini. In tal senso si veda www.uscourts.gov/library/InternationalBook-FEDCTS2_it.pdf.

²⁹⁸ È da dire invece che in altri ordinamenti come l'Australia, ove si adotta il sistema più liberale di *class action*, non esiste alcun giudizio di ammissibilità dell'azione, per una breve analisi delle azioni collettive

Nel caso in cui l'azione di classe non superi il vaglio di ammissibilità, il legislatore ha predisposto un meccanismo innovativo che è certamente orientato a disincentivare un utilizzo distorto del nuovo meccanismo processuale. Come recita il comma 8°, del nuovo testo dell'art. 140-*bis* cod. cons., *con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile, e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente*. A differenza della precedente azione collettiva risarcitoria il legislatore ha preferito introdurre, a maggiore garanzia della parte convenuta, il potere giudiziale di condannare la parte attrice al pagamento delle spese processuali aggravate se *risulta che la parte soccombente ha agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave*. Non è prevista alcuna compensazione delle spese, anche se, per i principi generali sulla ripartizione delle spese processuali, la compensazione continuerà a trovare applicazione seppur con le limitazioni derivanti

risarcitorie in Australia si veda FAVA, *Class action all'italiana "paese che vai usanza che trovi"* (*l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge 3838 e 3839*, op. cit., p. 406 .

dalla disciplina recentemente novellata, che riduce la stessa ad ipotesi residuale ed eccezionale.

La previsione di una condanna alle spese nei confronti della parte attrice che non superi il vaglio di ammissibilità è stata oggetto di critiche. In realtà, la soluzione legislativa sembra possa costituire un utile compromesso nella tutela collettiva risarcitoria a garanzia della parte convenuta, in un procedimento in cui la stessa è impegnata già prima dell'esito dell'ammissibilità dell'azione ad esercitare una forte e completa difesa, con conseguenti sforzi, difendendosi tempestivamente al fine di non incorrere in decadenze nel caso di eventuale proseguo del processo. A maggior ragione appare giustificata, nella medesima ottica di garanzia del convenuto, la condanna aggravata alle spese ex art. 96 c.p.c.²⁹⁹. L'impresa convenuta potrebbe, infatti, ricevere un forte danno all'immagine già dalla semplice proposizione pubblicizzata in suo danno di un'azione di

²⁹⁹ Si ricordi che il nuovo art. 96 consente una richiesta di condanna, e tale fattispecie sembra applicabile anche all'ipotesi di azione di classe, ed anzi seguendo la *ratio* dell'art. 96 c.p.c. tale condanna sarà assai difficile proprio con la sentenza finale - anche se ciò non sarebbe impossibile - quando venga superato il vaglio di ammissibilità.

classe, ed a ciò potrebbe conseguire una perdita della capacità di concorrenza nei confronti di imprese che esercitano attività simili. Tale sanzione giudiziale appare corretta e non criticabile anche perché la stessa potrà essere ammessa nel caso in cui il giudice accerti un comportamento processuale del proponente che abbia agito in mala fede o colpa grave³⁰⁰, e non invece nelle ipotesi di rigetto per semplice carenza di un requisito previsto dal comma 6 del nuovo istituto processuale.

Infine, anche la nuova disciplina, come confezionata dal legislatore italiano, non ha risolto tutti i dubbi che la fase di ammissibilità lascia aperti, specie in ragione del suo carattere assai lacunoso e *bisognoso*, in assenza di correttivi che ne anticipino l'entrata in vigore, di rilevanti e rischiosi sforzi interpretativi da parte degli operatori del diritto. Ed infatti, ci si potrebbe interrogare in merito alle conseguenze che deriverebbero dal caso in cui l'azione di classe fosse dichiarata inammissibile per carenza del requisito

³⁰⁰ Così recita, infatti, l'art. 96 c.p.c.

dell'adeguata rappresentanza del proponente. Ove fosse stata proposta, prima del giudizio di ammissibilità, una sola azione di classe, la soluzione che appare più logica consiste nella possibilità di riproporre la stessa azione da parte di un altro soggetto maggiormente in grado di rappresentare la classe. Come, infatti, si ricava dal comma 14 dell'art. 140-*bis*, non è possibile proporre ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa solo ove sia stata ammessa una precedente azione³⁰¹. L'inammissibilità, di conseguenza, rende possibile esperire da parte di un soggetto diverso, che si ritenesse maggiormente rappresentativo, l'azione di classe. Più complicata sarebbe la soluzione nell'ipotesi in cui si proponessero più azioni di classe prima del giudizio di

³⁰¹ Il comma 14 si riferisce infatti a preclusioni successive all'ammissione dell'azione di classe proposta. In tal senso si è rilevato che «la finalità di tali disposizioni è evidente e apprezzabile, in quanto volta ad evitare un proliferare, anche emulativo di azioni che rendano estremamente difficoltosa una efficiente gestione del processo», GALLETTO T., *L'azione di (seconda) classe*, cit., p. 151, anche se l'A. critica lo sbarramento temporale rigido della scadenza del termine per proporre le adesioni a cui meglio sarebbe stato sostituire il termine dell'inizio dell'attività istruttoria.

ammissibilità³⁰², anche eventualmente riunite, ex art. 140-*bis* comma 14 cod. cons. È evidente che, secondo i principi che regolano la litispendenza, dovrà preferirsi, tra le diverse azioni proposte, l'azione di classe per prima notificata. Come, infatti, recita l'art. 39 del c.p.c., ultimo comma, in ipotesi di litispendenza *la prevenzione è determinata dalla notificazione della citazione*, e dunque ai sensi del comma 14 del nuovo art. 140-*bis*, le successive azioni di classe proposte nello stesso tribunale verranno riunite³⁰³. In tal caso, però, suscita dubbio la circostanza che il giudice debba o meno limitare il giudizio di ammissibilità all'azione per prima proposta ovvero tale ammissibilità si estenda su tutte le azioni³⁰⁴.

³⁰² Come recita il comma 14° dell'art. 140-*bis*: *Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9. Quelle proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.*

³⁰³ Continua il comma 14 che *altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.*

³⁰⁴ Si pensi ancora all'evenienza che un'azione di classe successiva fosse proposta dopo il giudizio di ammissibilità, nei termini indicati dal comma 9, con conseguente riunione d'ufficio ex comma 14. Dal tenore letterale

La soluzione a tale quesito, passa di certo dalla definizione del ruolo svolto dai proponenti delle azioni di classe successivamente proposte e riunite nel corso del procedimento collettivo risarcitorio. Dalla lettera della norma non è impedito a tali soggetti di svolgere un'attività processuale. Ove, infatti, il legislatore avesse voluto prevedere un giudizio che si svolgesse sulla base di una sola ed unica azione di classe –con un solo proponente e gestore- non avrebbe solo dovuto, come infatti ha fatto, escludere forme di intervento, ma avrebbe altresì dovuto impedire *tout court* successive azioni di classe, permettendo unicamente il meccanismo delle adesioni. Ciò sembrerebbe consentire ai successivi proponenti lo svolgimento delle tipiche attività processuali, con la proposizione di eventuali

della norma tali azioni di classe non sarebbero sottoposte ad alcun vaglio di ammissibilità. Questa soluzione lascia perplessi posto che comunque il giudizio sui criteri richiesti per l'azione di classe, costituisce uno strumento di garanzia per i componenti del gruppo che aderiscono all'azione, e che tale controllo deve essere disposto nei confronti di tutti i proponenti l'azione di classe, pena la possibilità di aggirare la sussistenza dei criteri previsti dalla disposizione normativa. Infatti, come è stato rilevato per la precedente formulazione dell'art. 140-bis «è evidente come il consumatore o l'utente, il quale aderisce all'azione collettiva risarcitoria, non possa che pretendere l'azione così come la trova, con tutti i pregi ed i difetti dell'operato del proponente», BONA, in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 137.

memorie e comparse disposte dal giudice nel corso del procedimento, nella qualità di litisconsorti facoltativi a difesa dei diritti azionati. Così inteso quindi non vi sarebbero ragioni per non consentire al giudice un giudizio di ammissibilità anche sulle successive azioni di classe riunite, evitando un'irrazionale disparità con l'azione per prima proposta³⁰⁵. In altre parole, la disciplina dell'art. 140 *bis* vale per ogni singola azione di classe proposta e le preclusioni alla proposizione di successive azioni, oltre il termine massimo giudizialmente determinato, rispondono all'esigenza di concentrare tutte le istanze di tutela collettiva all'interno di un unico procedimento. Questa soluzione renderebbe d'altra parte possibile per il giudice una ripartizione tra gruppi diversi, in ragione ai diversi danni subiti, ovvero anche una ripartizione di gruppi di soggetti che avessero deciso di aderire ad azioni proposte da proponenti diversi³⁰⁶. Ciò permetterebbe d'altra parte di far

³⁰⁵ Si pensi all'esercizio di azioni di classe proposte successivamente allo scopo di veder liquidati i danni prodotti dall'illecito seriale, ma non richiesti dal primo proponente.

³⁰⁶ Non si vedrebbe, infatti, perché si possa consentire la proposizione di azioni di classe diverse, impedendo però agli aderenti di scegliere a quale

fronte all'assenza di alcuna disciplina che regoli la gestione globale del procedimento collettivo risarcitorio³⁰⁷. Il processo dunque si svolgerebbe come un classico processo litisconsortile in cui le parti attrici siano costituite da attori collettivi, composti dai proponenti e aderenti.

È probabile che una pluralità di parti possa rallentare l'attività processuale del giudizio collettivo. D'altra parte è forse coesistente un rallentamento ed una maggiore complessità di una struttura processuale nuova e così lontana dalla tradizione del processo civile italiano, che non è abituato a gestire un numero potenzialmente così elevato di pretese. Si potrebbe quindi affermare che possono accettarsi i costi di processi più complessi e lunghi di quelli in via individuale, ove i benefici complessivi, a parità di

azioni di classe aderire, in base a circostanze che possono fondarsi sulla tipologia di danno sofferto, ovvero su ragioni di fiducia nel soggetto proponente.

³⁰⁷ La differenza rispetto alla *class action* consisterebbe proprio nella circostanza che il sistema americano, attraverso un meccanismo di selezione giudiziale, rende unitaria l'attività difensiva svolta dalla classe-tramite il *class representative*-, mentre nel nostro sistema tale limitazione, almeno testualmente, non è prevista.

costi comportino «un enorme incremento dell'attuazione del diritto sostanziale»³⁰⁸.

A parere di chi scrive, sarebbe stato forse più opportuno, però, da parte del legislatore italiano, adottare una scelta maggiormente restrittiva nella gestione dell'azione di classe, con l'individuazione di un unico soggetto ritenuto adeguatamente rappresentativo ed maggiormente in grado di tutelare la classe dei danneggiati³⁰⁹. Naturalmente tale ricostruzione dell'istituto, non sarebbe stata da sola necessaria, né tanto più sufficiente, per attuare un'effettiva semplificazione del procedimento collettivo avviato con l'azione di classe, ma avrebbe semplificato almeno in parte lo svolgimento del processo quantomeno nella fase di primo grado³¹⁰. Si tratta comunque di una soluzione che,

³⁰⁸ In tal senso GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, op. cit., p. 76 ss.

³⁰⁹ Nella *class action* U.S.A. il giudice è del tutto libero nella scelta del *class representative* applicando, nel caso in cui vi siano più soggetti che si candidano come *named representatives*, la disciplina di selezione di cui alla *sezion 27 del Private Securities Litigation Reform Act (PSLRA)*. Tale normativa è diretta a disciplinare il procedimento relativi agli strumenti finanziari, emessi da privati, ma trova applicazione per rinvio anche in altre materie quando si promuova un'azione di classe.

³¹⁰ Nulla, infatti, il Legislatore ha disposto con riferimento alla fase d'appello, per cui appare oggi ancor più complesso costruire da zero una fase di impugnazione che presenta irrisolti, dal punto di vista positivo, nodi fondamentali, come la legittimazione ad impugnare la sentenza di

dall'analisi e dalla ricostruzione della nuova disposizione normativa, non sembra essere stata apprezzata dal legislatore italiano, con un conseguente limite al giudizio ed ai poteri riconosciuti all'organo giudiziale.

7. L'ordinanza che ammette l'azione di classe.

Notevole importanza assume, ai fini dell'ulteriore proseguo del procedimento, l'ordinanza che ammette l'azione di classe. Oltre alla determinazione dell'ulteriore corso della procedura³¹¹, con tale provvedimento, infatti, *il tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla*

primo grado, che almeno apparentemente potrebbe essere concessa a tutti i soggetti aderenti che risultino soccombenti. Per le perplessità sulla fase d'appello si rinvia a quanto si dirà in seguito, par. 12.

³¹¹ Stabilisce il comma 11 del nuovo art. 140-bis cod. cons. *Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.*

*classe*³¹² e, cosa assai più rilevante, oltre a fissare *un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria*, detta una definizione dei caratteri che devono avere i diritti individuali oggetto dell'azione ammessa, *specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione.*

Si tratta indubbiamente di un passaggio processuale assai complesso, il cui contenuto sembra assumere una veste decisiva all'interno dell'intero procedimento, con un rilievo forse maggiore della stessa pronuncia conclusiva del giudizio di classe.

Non vi è dubbio, infatti, che è con l'ordinanza che ammette l'azione di classe che il tribunale dovrà occuparsi dei principali nodi irrisolti del nuovo testo dell'art. 140-*bis* del codice del consumo. Anzitutto il giudice sarà chiamato a

³¹² Come recita il comma 9 del nuovo art. 140-*bis*: *L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda.*

definire *i caratteri dei diritti dei diritti individuali oggetto del giudizio*. Come già rilevato³¹³, quindi, il giudice sarà chiamato a ricomporre quella discrasia elaborata dal legislatore nel testo della norma distinguendo tra diritti individuali omogenei e diritti identici³¹⁴, con l'inevitabile e significativa conseguenza di determinare l'effettiva ampiezza della tutela. Ferma, infatti, l'interpretazione che si è data nel presente lavoro ai due termini utilizzati dal legislatore³¹⁵, è intuitivo, come un'interpretazione restrittiva, ovvero al contrario estensiva, del concetto d'identità dei diritti non potrà che influenzare l'estensione della tutela avviata tramite l'azione di classe, e di conseguenza la maggiore o minore eventuale estensione della sentenza di condanna.

In secondo luogo, proprio il riferimento al concetto d'identità dei diritti induce riflettere sulla possibilità che il

³¹³ Si veda a tal proposito quanto sostenuto nel § 2.

³¹⁴ Si confronti il comma 1 e 2 del nuovo art. 140-*bis* del codice del consumo.

³¹⁵ Che vanno intesi, a parere di chi scrive, attraverso una interpretazione teleologica, come diritti nascenti da un'unica lesione ed in cui l'identità delle pretese si traduca nell'identità delle tipologie di danno prodotte dalla lesione seriale (si veda §. 2).

giudice - ove si considerino i suoi poteri sino al tal punto estesi- suddivida il gruppo in più sottoclassi facendo riferimento alla diversa tipologia di danni prodotti dall'unico illecito seriale. Tale soluzione, prevista nei poteri del giudice della *class action* americana, non può certamente trarsi dalla lettera della disposizione normativa, ma avrebbe il pregio di garantire una facilitazione nella prova e nella liquidazione del danno.

In realtà dall'analisi congiunta delle diverse disposizioni dettate dal legislatore per l'azione di classe, il ruolo e funzione che il legislatore attribuisce all'ordinanza di ammissione, sembrano valicare i normali limiti di atto che «tipicamente assolve alla funzione ordinatoria del processo, ossia quella di regolarne l'iter procedimentale»³¹⁶, per assumere una connotazione di fatto quale momento centrale per gli esiti del giudizio risarcitorio.

Si consideri, infatti, come il giudizio d'ammissibilità costituisca un primo esame delle possibilità e degli esiti

³¹⁶ MANDRIOLI, Diritto processuale civile, op. cit., I, p. 454.

dell'azione proposta e che tale giudizio sembrerebbe essere attribuito dal legislatore al medesimo organo giudiziale cui verrà assegnato il compito di emettere sentenza³¹⁷. Di conseguenza tale fase rischia di costituire una vera e propria anticipazione del giudizio finale dell'organo collegiale, fermo restando in ogni caso che il provvedimento assume le forme di un'ordinanza con la valenza ordinatoria che alla stessa l'ordinamento attribuisce, e con la possibilità di impugnare la stessa con reclamo ovvero la possibilità del giudice di modificare il suo contenuto.

Si consideri poi il ruolo che il giudice assolve in tema di adesione dei singoli all'azione di classe ammessa. I suoi poteri non sono unicamente finalizzati a fissare un termine per le adesioni ovvero quelli legati alla scelta del mezzo di pubblicità necessario per la tutela degli aderenti, ma sono volti a stabilire quale deve essere il contenuto dell'atto di adesione affinché l'aderente si possa considerare incluso ovvero escluso dalla classe attrice. In altre parole sarà il

³¹⁷ Come recita il comma 6 del nuovo art. 140-bis del cod. del consumo *All'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda.*

giudice a supplire alla stessa carenza di assistenza legale dei singoli consumatori danneggiati, assumendo un forte ruolo di garanzia. Si comprende in tal senso come l'ordinanza di ammissione assuma un rilievo centrale nell'intera tutela concessa dall'azione di classe. La preparazione dell'atto di adesione, pur se non si richiede assistenza legale, non costituisce, infatti, un atto di estrema semplicità. Di conseguenza, se è vero che l'art. 140-*bis* comma 3 cod. cons. in relazione alle modalità di adesione dispone che *l'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, lettera b)*, è altrettanto vero che è il giudice a dettare le coordinate e 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* (art. 140*bis* cod. cons. comma 9 lett. a). In tal modo

l'organo giudiziale anticipa i criteri che utilizzerà nella fase istruttoria per valutare l'accoglimento delle adesioni proposte.

E dunque il giudice, con molta probabilità³¹⁸, proprio in considerazione della peculiare caratteristica e posizione dei soggetti aderenti, e quantomeno dal punto di vista degli elementi probatori necessari a fondare una pronuncia d'accoglimento ovvero di rigetto nel merito, dovrebbe indicare nell'ordinanza di ammissione dell'azione quale documentazione risulti necessaria per poter veder accolta la pretesa avanzata con atto di adesione dai presunti danneggiati, assolvendo un importante ruolo di garanzia³¹⁹. Ciò, infatti, permetterebbe, non solo di snellire i tempi necessari all'accertamento del diritto vantato dai diversi

³¹⁸ In tal senso sembra potersi interpretare l'espressione di cui al comma 9, lett.a art. 140-*bis* Cod. cons.

³¹⁹ In tale ottica spetterebbe all'organo giudiziale, indicare analiticamente quali siano i documenti per poter, dapprima essere considerato componente della classe dei danneggiati (e dunque la produzione ad esempio del contratto stipulato ex art. 1342 c.c. o 1341 c.c., ovvero lo scontrino d'acquisto di un prodotto ritenuto difettoso etc.) ed in secondo luogo gli elementi documentali che sarebbero utili per accertare il danno ed il nesso di causalità con la condotta di controparte (si pensi nel caso di presunti danni derivanti da prodotto difettoso ad un certificato medico da cui emerge l'eventuale lesione prodotta etc.)

componenti della classe, agevolando la redazione della sentenza collettiva, ma anche di meglio garantire il diritto di difesa degli aderenti, già ridotto dall'impossibilità di partecipare attivamente al processo con un proprio difensore³²⁰. Naturalmente non verrebbe meno il pericolo di un'eventuale erronea, ovvero incompleta, redazione dell'adesione, con il rilevante problema del rischio di veder rigettata la domanda proposta in sede di pronuncia conclusiva del procedimento.

A conferma di tale interpretazione si consideri altresì come lo stesso comma 11 del nuovo testo dell'art. 140-*bis* cod. cons., attribuisca all'ordinanza di ammissione dell'azione di classe il potere di prescrivere *le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti* nonché regolare *nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria* anche onerando *le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti*³²¹.

³²⁰ Salvo come detto istaurare una diversa azione di classe concorrente

³²¹ Si veda art. 140-*bis* cod. cons. Comma 11.

Si comprende quindi il rilievo che l'ordinanza di ammissione dell'azione di classe assume non solo sull'ulteriore svolgimento del procedimento, ma altresì quale strumento che, decidendo dell'ampiezza della tutela e dei criteri per dare la prova del danno, sembra sostanzialmente anticipare la sentenza conclusiva del giudizio collettivo.

8. L'adesione all'azione di classe

Anche nella nuova formulazione dell'azione di classe si è mantenuto il meccanismo delle adesioni al fine di consentire ai componenti del gruppo dei danneggiati di partecipare al procedimento collettivo risarcitorio. La scelta continua a suscitare critiche in dottrina che lo considera meccanismo meno efficace dell'*opt-out*, anche in considerazione dell'efficacia preclusiva che segue la scadenza del termine per proporre le adesioni e che, secondo alcuni interpreti

rischia di minare il fondamento stesso della tutela collettiva³²².

Tale soluzione permette, però, di risolvere uno dei problemi legati all'introduzione di una disciplina di tutela collettiva risarcitoria: l'estensione degli effetti del giudicato³²³. Il comma 3 del nuovo art. 140-bis dispone: *i consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore ed inoltre l'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, lettera b), con la conseguente efficacia in tema di*

³²² In tal senso VIGORITI V., *Finalmente, l'azione di classe. Primi rilievi*, cit., p. 22; critico nei confronti del meccanismo di *opt-in* anche CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, cit., p. 57.

³²³ Come ha rilevato CAPONI R., *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, op. cit. non trattandosi di ipotesi di obbligazioni solidali – e non operando quindi il giudicato *secundum eventum litis* ex art. 1306 c.c.- l'atto di adesione comporta la possibilità di giovare immediatamente degli effetti del giudicato, conseguendo da esso l'acquisto della qualità di parte processuale in senso sostanziale, non compiendo atti processuali, né subendo gli effetti delle spese del processo.

prescrizione dei diritti³²⁴. Attraverso l'atto di adesione³²⁵ si realizza, quindi, una sorta di deroga volontaria al proprio diritto a realizzare un contraddittorio effettivo e personale, cosa che garantisce il rispetto del diritto di difesa fissato all'art 24 cost.³²⁶. È stato rilevato in dottrina come l'esercizio del diritto d'ingresso alla classe offra importanti benefici ai membri della categoria, costituendo una sicurezza a che questi «desiderano sinceramente prendere parte alla lite. Non sono trascinati in causa senza che abbiano manifestato la loro volontà in tal senso» ed inoltre «è coerente con gli orientamenti giurisprudenziali che vedono nella partecipazione volontaria un elemento essenziale del processo civile»³²⁷, o ancora come la tecnica

³²⁴ Continua infatti il comma 3: *Gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione.*

³²⁵ Deve rilevarsi come probabilmente il numero dei soggetti aderenti possa utilizzarsi per la determinazione del valore della controversia, anche ai fini della determinazione della parcella da parte del giudice.

³²⁶ È incerto quale sia la conseguenza nei rapporti tra proponente e aderente l'azione di classe. SANTAGADA F., *La conciliazione dell'azione collettiva risarcitoria: note a margine di una proposta di riforma dell'art. 140-bis cod. consumo*, su www.judicium.it, ha rilevato come l'atto di adesione non attribuisce al rappresentante della classe il potere di transigere, ma occorre un espresso conferimento di potere al riguardo.

³²⁷ Si veda MILLER GEOFFREY P., *Punti cardine in tema di «class action» negli Stati Uniti e in Italia*, su *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1,

dell'*opt-in* «certamente è più adatta, almeno nel medio-breve periodo, a consentire una prima sperimentazione delle azioni di classe»³²⁸. Si tratta, però, di benefici che contrastano con l'efficienza dello strumento processuale ai fini di favorire la forma più ampia d'aggregazione di pretese, scopo peculiare di una tutela collettiva risarcitoria, che è meglio attuata dalle differenti soluzioni recepite nei sistemi di *common law*. L'opposto meccanismo dell'*opt-out*, su cui è modellata la *class action* americana, prevede, infatti, un'automatica estensione degli effetti della sentenza a tutti i componenti della classe, come individuata dall'organo giudiziale, salva l'eventuale attivazione del soggetto che non voglia agire per la tutela del proprio diritto, ovvero che voglia agire con mezzi e modalità diverse, il quale eserciterà il proprio diritto d'uscita dalla classe³²⁹. Ciò è legato alla circostanza che il rappresentante

2008, p. 224

³²⁸ In tal senso CONSOLO, in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., Prefazione p. XVII.

³²⁹ Tale meccanismo è previsto per le c.d. *damage class action*, azioni di classe risarcitorie di cui alla *rule 23 (b)(3)*. In tali casi, in cui l'opzione di uscita dalla classe è sempre consentita, la corte dovrà disporre che nella notifica individuale siano indicate modalità e termini per l'esercizio di tale diritto. L'atto di *opt-out* dovrà essere redatto dal cancelliere ed

della classe che agisce in giudizio introduce, unitariamente e con il proprio atto, tutti i diritti risarcitori dei soggetti danneggiati dall'illecito seriale³³⁰. Tra i due strumenti d'estensione degli effetti del giudicato sembra nettamente da preferirsi il meccanismo dell'*opt-out*, che «oltre ad essere preferibile sotto il profilo dell'efficienza nell'allocatione delle risorse giurisdizionali, lo [è] persino – contrariamente a quanto si potrebbe pensare ad un'analisi superficiale- ai fini della diffusione sul lungo periodo della cultura

allegato all'atto di omologazione della *classe action*. È richiesto per la sua efficacia che esso contenga una chiara esposizione delle possibili alternative e delle conseguenze che discenderanno dall'esercizio della facoltà. Oltre a non subire alcun effetto estensivo della sentenza che definisce la *class action*, chi ha esercitato l'*opt-out* non potrà beneficiare o opporsi agli accordi transattivi realizzati tra la classe e il convenuto, a meno che come ritiene la giurisprudenza ciò non sia nei suoi confronti fonte di pregiudizio.

³³⁰ In dottrina è stato rilevato come le perplessità sorte sulla compatibilità dell'istituto con la disciplina costituzionale non sembri giustificata anche alla luce della giurisprudenza della Consulta, la quale sembra giustificare poteri del legislatore nel porre delle condizioni all'accesso individuale alla tutela giurisdizionale in vista di obiettivi di efficienza dell'amministrazione della giustizia conseguendone che «se ne può desumere che su colui che riceve notizia della pendenza di un'azione collettiva a tutela del suo diritto se ne possa validamente farsi gravare l'onere di manifestare tempestivamente la sua volontà di recedere dalla stessa, affinché tale diritto continui ad essere deducibile in via individuale», in tal senso GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c. cons.*, op. cit., p. 1232. Nel senso di ritenere compatibile l'*opt-out* con la costituzione, almeno con riferimento alle *small claims*, nonché a considerare il meccanismo in oggetto come «la soluzione più funzionale alla realizzazione degli obiettivi dell'azione collettiva risarcitoria» CAPONI R., *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, op. cit., p. 283.

dell'associazionismo e più in generale dei comportamenti cooperativi rispetto a quelli opportunistici nei conflitti di portata collettiva»³³¹. Le dinamiche che operano, infatti, nell'*opt-out*, tendono generalmente a garantire una maggiore aggregazione di pretese risarcitorie, proprio affidandosi sul meccanismo psicologico dell'inerzia, che costituisce, come suggerisce l'esperienza americana, probabilmente «il fattore comportamentale più rilevante dei membri della classe assenti»³³². Questo strumento di regolazione dei limiti del giudicato costituisce una razionale soluzione al rapporto tra azione risarcitoria individuale e collettiva, inducendo il singolo componente della classe a far salva la propria azione individuale solo ove estremamente motivato, a fronte di pretese risarcitorie che possono essere economicamente poco convenienti da affrontare individualmente, e dunque tentando di evitare nuovamente una forma di limitazione all'accesso alla

³³¹ Si veda GIUSSANI A., *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, op. cit., p. 245.

³³² MILLER GEOFFREY P., *Punti cardine in tema di «class action» negli Stati Uniti e in Italia*, op.cit., p. 225.

giustizia, già superata dallo strumento collettivo risarcitorio³³³.

È stato rilevato³³⁴ come l'atto di adesione sia la somma di due componenti: la prima volta a dare un mandato all'attore collettivo, mentre la seconda ad esercitare la propria azione nei confronti dell'impresa convenuta, producendo tutti gli effetti processuali e sostanziali che ad essa si riconnettono³³⁵. Tale ricostruzione, seppur con riferimento al precedente testo dell'art. 140-*bis*, è stata avvertita da chi ha ritenuto l'atto adesivo come strutturalmente diverso da una domanda giudiziale – secondo alcuni una peculiare forma di esercizio dell'azione³³⁶ ovvero una domanda giudiziale

³³³ Come è stato rilevato da GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, op. cit., p. 79, la migliore soluzione offerta dal meccanismo di *opt-out* è anche giustificata dalle scelte dei diversi sistemi che si sono aperti a forme di tutela collettiva risarcitoria: «difficilmente, dunque, può ritenersi casuale che in vari ordinamenti si sia passati dal sistema dell'*opt-in* a quello dell'*opt-out* e che non sia mai accaduto il contrario».

³³⁴ Si veda in tal senso CAPONI R., *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, op. cit.; o ancora *Il nuovo volto della class action*, op. cit., p. 385

³³⁵ Come recita il comma 3° del nuovo art. 140-bis, *Gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione.*

³³⁶ Così CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, cit., p. 53.

aggregata a quella proposta dall'attore in proprio³³⁷ - ricostruendo lo strumento, invece, come una peculiare «manifestazione di volontà di inclusione nel gruppo», con cui il singolo conferisce «la legittimazione, non già ad agire, ma a dedurre “additivamente” in giudizio il proprio credito risarcitorio quale componente del *petitum* sostanziale finale (che di questi crediti individuali rappresenta quindi l'aggregato) in cui culmina la azione collettiva, affinché anche di esso tenga conto la sentenza che accoglie la domanda»³³⁸.

³³⁷ In tal senso GIUSSANI A., *Il nuovo art. 140 bis codice del consumo*, cit., p. 120, il quale qualifica il rapporto che si instaura tra aderenti e proponente l'azione di classe come “litisconsorzio coalescente” per illustrare il peculiare cumulo di domande conseguente alle adesioni in ragione del fatto che gli aderenti non sono costituiti in giudizio in proprio e del modo spiccatamente omogeneo con cui si producono gli effetti processuali nei loro confronti.

³³⁸ CONSOLO, in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 185 ss., l'A. qualifica l'adesione concepita dal vecchio testo dell'art. 140-bis cod. cons. come atto stragiudiziale, ovvero come «contratto, anche con effetti processuali, che pur presentando diversi aspetti del mandato rimane di non facile qualificazione»; nello stesso senso CANALE G., *Il invitato di pietra ovvero l'aderente nell'azione di classe*, Riv. Dir. Proc., 2010, n. 1, p. 5. Nel senso della qualificazione dell'adesione nel nuovo art. 140-bis cod. cons., come mandato senza rappresentanza che faccia sorgere un rapporto obbligatorio tra aderente e promotore, CAPONI R., *Il nuovo volto della class action*, op. cit., p. 385.

Problema che in realtà potrebbe rilevarsi in merito riguarda la possibilità di revoca dell'atto di adesione³³⁹. In dottrina, con riferimento alla versione precedente dell'azione collettiva risarcitoria, considerando l'adesione come un atto schiettamente processuale, si è rilevato come questo non sia in linea generale unilateralmente revocabile, né pienamente impugnabile in base alla disciplina dei vizi della volontà degli atti negoziali, in quanto «il carattere sequenziale del procedimento, in cui ciascun atto- salvo la sentenza- trova nei precedenti la fattispecie costitutiva dei propri effetti, difficilmente tollera che le fonti d'instabilità degli effetti degli atti compiuti sopravvivano a lungo»³⁴⁰. Ed invero l'irrevocabilità dell'atto adesivo sembra non mantenere intatta la sua intangibilità di fronte ad un istituto nuovo

³³⁹ Considera la possibilità di revoca dell'atto di adesione un interrogativo ancora aperto CAPONI R., *Una lettura di interrogativi in attesa della giurisprudenza*, op. cit., p. 185.

³⁴⁰ Si veda GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c. cons.*, op. cit., p. 1235, il quale ha rilevato altresì come la ritrattazione dell'atto di adesione «può produrre effetti, secondo le regole generali, determinando l'estinzione parziale del procedimento, solo quando sia accettata dal convenuto». Nello stesso senso CONSOLO, in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 188, che ritiene la revoca dell'adesione come diritto «esercitabile dai singoli "aderenti-mandanti" come equo contrappeso alla loro incapacità di influire dal di dentro sulla conduzione della causa».

come l'azione di classe, in ragione delle caratteristiche che la contraddistinguono. La scelta di una classe rigida, incapace di variazione sembrerebbe, già nel passaggio dalla disciplina precedente all'attuale³⁴¹, mal conciliarsi con una disciplina che, a differenza della *class action* americana, non prevede alcun meccanismo per rimettere in discussione la gestione dell'azione da parte del proponente, con pregiudizio del proprio diritto di difesa³⁴². Rispetto al nuovo istituto dell'azione di classe, invece, sembra ammettersi in taluni casi con applicazione immediata³⁴³, in altri con estensione analogica³⁴⁴ la medesima soluzione prevista dall'art. 306 c.p.c. della rinuncia agli atti del processo al fine di giustificare la possibilità di recedere da parte del soggetto aderente.

Ulteriore profilo problematico consiste nel valutare le conseguenze di un'azione di classe priva di adesioni. Ed,

³⁴¹ Il testo precedente dell'art. 140-bis non prevedeva alcuna possibilità esplicita di sottrarsi agli effetti del giudizio collettivo.

³⁴² Si veda in tal senso quanto si esporrà oltre § 10 nota 221.

³⁴³ Così GIUSSANI A., *Il nuovo art. 140 bis codice del consumo*, cit., p. 124.

³⁴⁴ CANALE G., *Il invitato di pietra ovvero l'aderente nell'azione di classe*, cit., p. 9.

infatti, atteso che tale evenienza potrà accertarsi solo una volta ammessa la domanda, si potrebbe comunque ipotizzare che sopravvenga in tal caso la carenza di una condizione dell'azione³⁴⁵, rilevabile d'ufficio, ovvero che comunque, non potendo la sentenza di merito pronunciare su alcuna situazione sostanziale di vantaggio, il procedimento si possa chiudere, prescindendo dal ricorso alla sentenza, attraverso l'ordinanza d'inammissibilità di cui al comma 3° dell'art. 140-*bis*³⁴⁶. La soluzione non potrebbe che condurre ad attribuire, ove però si consideri che il giudizio di ammissibilità, già in quella fase si è svolto, un ruolo irrilevante all'assenza di adesioni, e dunque il processo proseguirà con l'emissione della pronuncia richiesta, ovvero con il rigetto della domanda attorea. Lo

³⁴⁵ Se si considera che, affinché si possa ammettere l'azione di classe, la disposizione richiede che la classe sussista e che ne vengano dedotti in giudizio i diritti individuali omogenei dei componenti. L'assenza di diritti individuali omogenei, conseguente all'assenza di adesioni, determinerebbero l'insussistenza dei diritti che, attraverso l'azione di classe, si vuol tutelare, incidendo altresì sul requisito dell'adeguata rappresentanza del proponente la classe. Ciò sempreché il proponente sia composto da un soggetto -ovvero pochi soggetti- della classe.

³⁴⁶ In tal senso GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c. cons.*, op. cit., p. 1239, con riferimento alla precedente formulazione dell'azione collettiva risarcitoria.

strumento dell'*opt-in* lascia, infatti, ai soggetti danneggiati la scelta e gli esiti di un'eventuale non adesione all'azione proposta, con conseguente preclusione alla proposizione di alcun'ulteriore azione di classe. Al riguardo è stato ritenuto possibile che, proprio in considerazione che nell'attuale versione dell'art. 140 *bis* l'attore è lo stesso consumatore o utente, anche in assenza di adesioni «il giudizio ben potrebbe proseguire per accertare il suo diritto individuale senza scontare le difficoltà teoriche pratiche che si incontravano con riguardo alla pregressa disciplina, che invece attribuiva la legittimazione attiva esclusivamente a enti esponenziali»³⁴⁷.

La conseguenza dell'adesione consiste in ogni caso nella spendita del potere d'azione e dunque nella perdita del diritto di esercitare un'azione individuale, salvo

³⁴⁷ CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, cit., p. 31 nt. 5; nello stesso senso CANALE G., *Il convitato di pietra ovvero l'aderente nell'azione di classe*, cit., p. 9, secondo cui il fenomeno dell'assenza di adesioni sarebbe irrilevante per il giudizio ex art. 140 *bis* cod. cons.; si veda anche BOVE M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., secondo cui l'alternativa posta dall'assenza di adesioni – escluso che dalla lettera della norma possa attribuirsi al Giudice un potere di dichiarare una sopravvenuta inammissibilità – sarebbe quella di rinuncia agli atti da parte dell'attore ex art. 306 c.p.c. ovvero di prosecuzione del processo come processo di classe.

naturalmente l'ipotesi di cui al successivo comma 15° della nuova disciplina³⁴⁸.

Quanto alle modalità di adesione dispone la nuova azione di classe che *l'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, lettera b)*. L'assenza di alcun obbligo di assistenza legale degli aderenti sembra essere compensata dal contenuto dell'ordinanza che ammette l'azione di classe. Come già rilevato³⁴⁹, al fine di supplire alle carenze di un'assistenza legale individuale il legislatore ha costruito il contenuto dell'ordinanza che

³⁴⁸ In relazione al quale *Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo*. In tal senso occorre dire come vi è stato in dottrina (si veda SANTAGADA F., *La conciliazione dell'azione collettiva risarcitoria: note a margine di una proposta di riforma dell'art. 140-bis cod. consumo*, op. cit.) chi, nel commentare il testo della nuova norma, ha rilevato che tali rinunce e transazioni «sono senz'altro di natura collettiva. Attengono cioè al monte-crediti giudizialmente pendenti della classe degli aderenti». Ed anzi ha ritenuto l'A. che «ciò che la norma richiede [...] è altresì un consenso espresso del singolo aderente sul contenuto e quindi sulla convenienza economica della proposta di accordo conciliativo»

³⁴⁹ Si veda a tal proposito § 7.

ammette l'azione di classe come uno strumento attraverso cui il giudice possa agevolare l'onere probatorio dei componenti della classe che intendano aderire, indicando – come una lettura complessiva delle disposizioni del nuovo art. 140-*bis* sembrerebbe favorire- tutti gli elementi la cui indicazione risulti necessaria per poter dar prova dell'identità del diritto individuale omogeneo. In ogni caso, non può mancare di rilevarsi come, proprio il riferimento all'individuazione dei criteri per qualificare i soggetti componenti del gruppo, imponga di chiedersi quale sia il momento in cui tale riscontro dovrà avvenire³⁵⁰. In assenza di alcuna fase successiva alla singola adesione che preveda il vaglio di ammissibilità di quelle proposte e, ancor di più, in assenza di una fase postuma all'eventuale sentenza di condanna che, come accade negli Stati Uniti, lasci ad organi amministrativi di nomina giudiziale la concreta ripartizione dell'ammontare liquidato con la sentenza collettiva, sembra che debba essere necessariamente il giudice, nel momento

³⁵⁰ Certo comunque che tale valutazione non potrebbe essere rimesso all'attore, in tal senso CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, cit., p. 53.

in cui emette la sentenza³⁵¹, a definire la singola ammissibilità delle adesioni proposte, con notevole aggravio del compito a questi riservato, e con il consistente rischio di svilire la funzione economico processuale dell'azione di classe³⁵².

³⁵¹ In tal senso anche CANALE G., *Il invitato di pietra ovvero l'aderente nell'azione di classe*, cit., p. 6. Contrario MENCHINI S. , MOTTO A., *Art. 140 bis*, cit., secondo cui con ordinanza del collegio da pronunciarsi alla prima udienza fissata per la trattazione del merito si dovrebbero valutare le adesioni proposte.

³⁵² Nell'ordinamento spagnolo la *Ley de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.)* del 2001, prevede una specifica disciplina sulla esecuzione, che consente ai soggetti non specificamente individuati nella sentenza collettiva -ma rispetto a cui il giudice è tenuto ad indicare specificamente in sentenza i dati, le caratteristiche e i requisiti necessari- di poter pretendere il pagamento e procedere ad esecuzione, ovvero intervenire qualora l'esecuzione sia già iniziata (art. 221, 1^a). La fase esecutiva è disciplinata dall'art. 519 L.E.C., il quale prevede un preventivo *incidente declarativo*, diretto ad accertare la sussistenza in capo al soggetto istante della qualità di componente del gruppo dei danneggiati non specificamente individuati. Tale procedimento richiede naturalmente la relativa istanza della parte interessata, con successivo contraddittorio istaurato con la parte convenuta, la quale può naturalmente opporsi all'appartenenza dell'istante al gruppo dei soggetti danneggiati. Sulla base dei criteri elaborati nella sentenza collettiva il giudice, accertata unicamente la rispondenza tra la posizione del consumatore ed i requisiti indicati dal giudice, emetterà una ordinanza che costituirà titolo esecutivo per il singolo consumatore, idoneo all'attivazione della fase esecutiva. Si potrebbe in effetti riflettere se tale incidente esecutivo attribuisca all'azione collettiva spagnola la natura di giudizio a doppia fase (almeno nelle ipotesi in cui i componenti del gruppo non siano specificamente individuati) ovvero, come è stato ritenuto nella dottrina spagnola, se tale seconda fase non sia volta solo ad attribuire al soggetto istante la qualifica di soggetto pregiudicato, non potendo incidere tale giudizio sull'esistenza del fatto dannoso ed il nesso eziologico determinati nella sentenza di condanna e quindi non più modificabili (se non con il giudizio d'appello) con eventuale assunzione di mezzi di prova (in tal senso GONZÁLES CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores y usurarios en el proceso civil*, Valencia), 2002, p. 268.

Naturalmente, l'indicazione giudiziale degli elementi la cui allegazione è necessaria per l'accoglimento dell'adesione, non fa venir meno il pericolo di un'eventuale erronea, ovvero incompleta, redazione dell'adesione, con il rilevante problema del rischio di veder rigettata la domanda proposta in sede di pronuncia conclusiva del procedimento.

Ove, però, tale rigetto si fondi su motivi o eccezioni processuali non pare possa mettersi in dubbio il mantenimento del diritto di aderire all'azione di classe, con possibilità di ripresentare entro i termini l'atto di adesione, ovvero, ove i termini fossero scaduti, potendo agire individualmente con un'autonoma azione individuale. Ove, invece, il rigetto fosse giustificato per ragioni di merito, come l'infondatezza della pretesa fatta valere con l'atto di adesione, il rischio potrebbe essere, scaduti i termini di cui al comma 9 dell'art. 140-*bis*, quello di perdere il diritto venuto meno già con l'atto di adesione³⁵³. Ed, infatti, l'art.

³⁵³ Ci si potrebbe interrogare sulla possibilità che il giudice possa, al fine di evitare il pregiudizio per l'aderente, accertare i fatti e riconoscere comunque il diritto al risarcimento del danno, onde evitare di pronunciare sulla condanna ove il danno non sia sufficientemente provato, e dunque come una condanna sull'*an* e non sul *quantum*, ma tale

140-bis comma 3 dispone come *l'adesione comporta la rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sullo stesso titolo*, salva l'ipotesi di transazioni o rinunce a cui non hanno consentito le parti, e salvo le ipotesi di estinzione del giudizio, ovvero di chiusura anticipata del processo. Da un'interpretazione letterale della disposizione, sembra cogliersi la conseguenza che gli effetti della rinuncia si producano con l'atto di adesione. La soluzione però, tenuto conto della peculiare caratteristica che riveste l'atto di adesione e della circostanza che lo stesso possa essere proposto senza ausilio di un difensore tecnico, sembra eccessivamente pregiudizievole ed ingiusta. D'altra parte rientra forse nella logica del meccanismo in oggetto, e sembra essere coesistente ad esso, la previsione di rischi per il consumatore, che pur potendo agire individualmente,

strada sembrerebbe essere esclusa dalla stessa *ratio* della disposizione normativa. D'altro canto specificando il comma 11 che il giudice nel regolamentare l'iter processuale *onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti*, si potrebbe interpretare la disposizione non soltanto con finalità informative, ritenendo che l'aderente possa eventualmente integrare la documentazione, entro i termini dettati nel corso del processo, posto che comunque non sussistono preclusioni per l'aderente previste al momento del deposito, ma eventualmente le stesse verranno fissate nel corso del processo dal giudice.

voglia beneficiare quantomeno di una forma di agevolazione nell'accesso alla giustizia per pretese che probabilmente non sarebbero altrimenti tutelate.

In conclusione a fronte dell'indubbio vantaggio di poter far valere un diritto senza affrontare l'onere delle spese processuali dovute al proprio difensore³⁵⁴-e senza il rischio di affrontare tali spese in caso di soccombenza della classe- si presenta un forte rischio di perdere un diritto senza averne neanche piena consapevolezza. Quello dello sviluppo processuale nei confronti del semplice aderente è fenomeno assolutamente nuovo, che andrà interamente ricostruito, non essendo impresa semplice, posto che sembra residuare la possibilità del convenuto di difendersi sulle posizioni dell'aderente, senza che ad esso sia data la possibilità di interloquire con un avvocato, interlocuzione che non sembra

³⁵⁴ Sempre che questa sia la scelta dell'aderente non essendo escluso che conferisca mandato al legale che assiste i soggetti proponenti. Come ha infatti rilevato GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c. cons.*, op. cit., p. 1233, già rispetto alle precedente azione collettiva risarcitoria, il proponente potrebbe «raccolgere veri e propri mandati, ai quali si applicherebbero le relative regole, così come di suggerire agli interessati di aderire, oltre che all'azione collettiva, anche alla formazione sociale [...] che la propone».

essere garantita dai legali dell'azione di classe, i quali potrebbero non aver ricevuto mandato dall'aderente.

In particolare è stato rilevato come l'aderente acquisti con il proprio atto la qualità di parte processuale in senso sostanziale, con la conseguenza che «gli aderenti non compiono atti processuali», i quali di conseguenza dovrebbero residuare in capo all'attore collettivo, purché si tratti di atti «che non presuppongono la capacità di disporre dei diritti (altrui) oggetto della controversia»³⁵⁵. Dalla lettura del testo normativo sembrerebbe d'altronde limitato il ruolo

³⁵⁵ Si veda CAPONI R., *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, op. cit. ; nello stesso senso anche RUFFINI G., *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, op.cit. p. 707, seppur con riferimento alla precedente formulazione dell'istituto; BOVE M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit.; CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, cit., p. 54. CAPONI, in *Il nuovo volto della class action*, op. cit., p. 385, ritiene che gli aderenti, a seguito dei poteri processuali anche di rinuncia agli atti dell'attore collettivo, che non presuppongono il loro consenso, abbiano la possibilità di esercitare l'azione individuale ovvero un'azione in forma collettiva. Tale ricostruzione però sembra scontrarsi con le preclusioni che maturano – specie con riguardo all'azione di classe- successivamente alla scadenza del termine per presentare le adesioni, di cui al comma 14 del nuovo art. 140-bis cod. cons. Occorre inoltre rilevare come nel sistema della *class action* canadese, statunitense e australiana, a maggior garanzia dei componenti della classe, eventuali rinunce per inattività delle parti , così come eventuali transazioni, siano sottoposte ad autorizzazione della Corte, si veda in tal senso BONA in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 26 ss.

istruttorio degli aderenti all'allegazione di documenti probatori in relazione ai fatti costitutivi del proprio diritto, depositati con l'atto di adesione, anche se è possibile che il proponente l'azione di classe possa essere onerato dal giudice -con l'ordinanza di cui al comma 11 del nuovo art. 140-*bis*³⁵⁶- ad utilizzare le forme pubblicitarie, al fine di consentire all'aderente di produrre ulteriori prove a sostegno delle pretese aggregate. Ma accanto a tale produzione di prove precostituite non pare che possa rintracciarsi, dalla logica della disposizione normativa, alcun ulteriore potere istruttorio. È stato rilevato come nel sistema americano della *class action* i titolari delle situazioni dedotte in giudizio sono spesso considerati (*absent*) *parties*, e dunque parti del processo anche se essi non hanno compiuto alcun atto³⁵⁷. Con applicazione analogica si è dunque ritenuto come anche nel nostro sistema l'aderente possa considerarsi «parte non

³⁵⁶ Come recita il comma 11 *il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.*

³⁵⁷ Si veda GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c. cons.*, op. cit., p. 1235.

costituita in giudizio, né personalmente né tramite un proprio difensore tecnico», e di conseguenza sottoponibile alle richieste istruttorie provenienti dal convenuto, a garanzia del diritto alla prova dell'infondatezza delle pretese dell'aderente³⁵⁸. In conseguenza, è la stessa *ratio* dello strumento dell'adesione a determinare l'impossibilità di poter svolgere un'attività istruttoria completa ed individuale in un giudizio collettivo risarcitorio. Il consumatore ha, in altre parole, la possibilità di esercitare un'attività istruttoria piena e senza alcuna limitazione, ma ove si avvalga dell'azione di classe, vedrà la sua partecipazione ridotta all'allegazione di documentazione probatoria precostituita (anche eventualmente integrata su indicazione delle parti ovvero su sollecitazione del giudice) caratterizzandosi effettivamente come riferito in dottrina quale «convitato di pietra»³⁵⁹. Dunque utilizzare l'azione di classe «è un po' come utilizzare l'autobus in luogo del taxi per il trasporto

³⁵⁸ GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c. cons.*, op. cit., p. 1235.

³⁵⁹ Così CANALE G., *Il convitato di pietra ovvero l'aderente nell'azione di classe*, cit. p. 7.

urbano: il trattamento che si riceve è normalmente meno personalizzato e meno puntuale»³⁶⁰.

9. Le altre forme di partecipazione all'azione di classe. Il divieto di intervento e la proposizione di ulteriori azioni collettive.

Rispetto al testo del precedente art. 140-*bis*, la nuova azione di classe fa esplicito divieto di intervento nel procedimento avviato da parte di altri soggetti³⁶¹. Recita l'art. 140-*bis* comma 10°: *è escluso l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 del codice di procedura civile*. Viene meno quindi una delle forme di partecipazione al processo che ha caratterizzato l'azione collettiva risarcitoria³⁶², suscitando rilievi critici e perplessità³⁶³. In un processo avente ad

³⁶⁰ GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis c. cons.*, op. cit., p. 1238.

³⁶¹ Ritiene comunque possibile l'intervento per gli aderenti GIUSSANI A., *Il nuovo art. 140 bis codice del consumo*, cit., p. 124.

³⁶² Il precedente testo dell'art. 140-*bis* disponeva al comma 2: *nel giudizio promosso ai sensi del comma 1 è sempre ammesso l'intervento dei singoli consumatori o utenti per proporre domande aventi il medesimo oggetto*.

³⁶³ In tal senso MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, op. cit., per il quale «a seguito dell'intervento litisconsortile autonomo, si realizza un cumulo di cause connesse (quella collettiva, che aggrega le pretese di tutti gli aderenti, e quelle individuali, introdotte dai singoli con gli atti d'intervento), il cui svolgimento può rivelarsi tanto

oggetto un'azione di classe, dunque, è vietato per un titolare di diritti individuali omogenei -ovvero anche per più soggetti con un unico atto- costituirsi a mezzo di difensore come interveniente. Va tuttavia richiamato il comma 14 del nuovo testo dell'art. 140-*bis*, che consente, fino all'esaurimento del termine per l'adesione, anche la proposizione di altre azioni di classe³⁶⁴. La soluzione va ben compresa, considerato che, con la nuova formulazione, l'azione di classe potrebbe essere proposta anche da un solo consumatore o utente. E dunque: ciò che sarà vietato con l'atto di intervento³⁶⁵, sarà invece concesso mediante un'autonoma azione di classe, realizzando una soluzione particolare che lascia ampia libertà ai partecipanti. Proprio a tal riguardo in dottrina si è ritenuto più opportuno che il

più macchinoso quanto più sono le parti individuali che hanno affiancato quella collettiva»; e ancora AMADEI D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, op. cit.

³⁶⁴ Recita il comma 14° richiamato: *Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9. Quelle proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.*

³⁶⁵ Partecipando all'azione mediante un proprio legale.

legislatore avesse mantenuto la possibilità di intervento ex art. 105 c.p.c. al fine di «evitare che venisse sacrificata sull'altare della efficienza e rapidità del processo una maggiore giustizia abilità degli interessi dei consumatori e degli utenti lesi dai comportamenti illegittimi di una medesima impresa»³⁶⁶. S'introduce, quindi, con il nuovo art. 140 *bis* cod. cons. un'ulteriore via alla mera adesione, ovvero ad una partecipazione, spesso con sacrifici eccessivi, garantendo ad esempio ai proponenti di partecipare al processo collettivo come parti processuali anche in senso formale, esplicitando quindi pienamente la propria difesa³⁶⁷. Si tratterà di capire, come già anticipato, se tale ulteriore azione di classe debba essere o meno sottoposta al vaglio di ammissibilità, ovvero se il proponente della stessa possa essere, in caso di inadeguatezza del proponente la prima

³⁶⁶ GALLETTO T., *L'azione di (seconda) classe*, cit. p. 151.

³⁶⁷ Si pensi all'ipotesi in cui il soggetto danneggiato non voglia partecipare ad un'azione di classe, unicamente perché trova poco conveniente il patto di quota lite stipulato con il difensore. In tal caso il consumatore o utente ben potrebbe intervenire successivamente con la proposizione di un'autonoma azione di classe

azione di classe, soggetto alle verifiche che consentano l'ammissibilità della tutela collettiva³⁶⁸.

La possibilità di proporre ulteriori azioni di classe, nel termine fissato dal giudice ai sensi dell'art. 140-*bis* comma 9, induce ad un'ulteriore considerazione in merito all'impugnabilità della sentenza collettiva. Ed, infatti, sembra una lettura coerente con il disposto normativo quella di considerare ammissibile la proponibilità di appello, avverso la sentenza di primo grado, per quei consumatori che abbiano proposto un'autonoma azione di classe, anche nel caso in cui gli altri proponenti abbiano rinunciato all'appello, ovvero fatto acquiescenza, lasciando anche in tema di impugnazioni ampi margini di manovra.

Quanto al divieto di proposizione di ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione, la soluzione lascia perplessi, giustificandosi solo in caso di sistema di *opt-out* e non di *opt-in* come quello prescelto dal legislatore

³⁶⁸ Per tali considerazioni si veda § 6.

italiano. Solo, infatti, nel caso di estensione automatica a tutti i componenti della classe degli effetti della sentenza collettiva, con deduzione automatica in giudizio delle pretese dei soggetti che non abbiano esercitato un diritto ad essere esclusi, si potrebbe logicamente impedire la proposizione di un'ulteriore azione di classe, in ragione del fatto che l'azione esperita ha già assistito alla massima estensione quantitativa della sua efficacia. Altrimenti il rischio è quello di pregiudicare i diritti dei consumatori che non avessero preso coscienza dell'esistenza della tutela collettiva con la possibilità di aderire, in quanto, appunto, con l'ammissione dell'azione e scaduto il termine per l'adesione, si preclude la via per la tutela collettiva. In ogni caso, la scelta del legislatore non incide sul diritto processuale alla tutela *tout court* e dunque non è incostituzionale, perché implica solo una limitazione ad una modalità di tutela del diritto in sede processuale, criticabile, ma non certo irragionevole.

10. Lo svolgimento del processo e gli accordi transattivi.

Il comma 11° del nuovo art. 140-*bis* cod. cons. detta una disciplina sulle fasi successive di svolgimento delle attività processuali che delinea una struttura del processo assolutamente informalizzata ed in piena sintonia con la recente riforma di modifica del codice di procedura civile. Come recita la norma, infatti, *con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.*

È evidente, quindi, l'ampia libertà nel dettare i tempi processuali riconosciuta all'organo giudiziale, così come l'ampliamento dei poteri di gestione del processo. Il giudice diventa un organizzatore delle successive fasi processuali, definendo analiticamente i successivi passaggi. In questo senso il legislatore italiano introduce un procedimento elastico molto simile al sistema americano della *class action*³⁶⁹ facendo sì che il giudice possa «adattare il processo alle peculiarità della controversia, scongiurando per questa via che le logiche e gli schemi, che governano la procedura nelle azioni individuali, posano di fatto ostacolare l'efficiente gestione della class action»³⁷⁰.

Un primo aspetto da analizzare è relativo alla possibilità di applicare all'azione ex art. 140 *bis* il rito ordinario di cognizione. Si potrebbe sostenere la soluzione positiva sulla base del fatto che il processo collettivo risarcitorio si avvia

³⁶⁹ Ove è previsto che la Corte possa determinare, caso per caso, le modalità di svolgimento del processo adottando le più opportune ed idonee misure volte ad evitare inutili ripetizioni e complicazioni nella presentazione delle prove o nelle difese, *Rule 23 lett. (d) (1) "Conducting the action"*.

³⁷⁰ BONA, in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 15.

mediante atto di citazione³⁷¹, anche se in dottrina sono state avanzate soluzioni opposte sostenendo che «per il resto la fase introduttiva del processo di classe ha delle peculiarità che irrimediabilmente lo allontanano dallo schema procedimentale degli articoli 163 ss. c.p.c.»³⁷².

D'altra parte, non sembra che anche nel caso in cui si ritenesse applicabile il rito ordinario si possa automaticamente ammettere la concessione dei termini per lo scambio di memorie ex art. 183 comma 6³⁷³. Di conseguenza il giudice esaurita la prima udienza rimane libero nel dettare le successive fasi del processo, fissando subito un calendario, ovvero iniziando con un rinvio, posto che la discrezionalità in tal senso sembra essere quasi assoluta. Di conseguenza potrebbero anche essere non obbligatorie eventuali comparse conclusionali, ovvero memorie di replica con la concessione dei tradizionali termini. In definitiva non pare vi siano preclusioni

³⁷¹ Nello stesso senso COSTANTINO G., *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, op. cit., p. 390.

³⁷² BOVE M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit.

³⁷³ Nel senso di poter evitare i termini dell'art. 183 comma 6 c.p.c. anche GALLETTO T., *L'azione di (seconda) classe*, cit., p. 152.

predeterminate, ma probabilmente le stesse verranno successivamente e di volta in volta fissate dal giudice.

È da rilevare, inoltre, come non sia previsto alcun particolare mezzo istruttorio³⁷⁴, ovvero particolari indicazioni su prove scientifiche ovvero statistiche e, dunque, da questo punto di vista non emergono grandi differenze rispetto ad un'ordinaria azione con pluralità di partecipanti. Ciò probabilmente è legato alla previsione legislativa di rinvio all'art. 1226 c.c. per la determinazione del danno³⁷⁵. Si è, quindi, di fronte ad una fase istruttoria del

³⁷⁴ Negli Stati Uniti la fase istruttoria, ovvero la *discovery*, costituisce una fase essenziale su cui ruota l'esito giudiziale, ovvero stragiudiziale, della *class action*, mediante cui si permette di giungere al *trial* « con tutte le carte sul tavolo, il che agevola non poco la soluzione di tutta una serie di questioni che altrimenti renderebbero eccessivamente complessa una gestione istruttoria interamente giudiziale dell'azione collettiva», in tal senso BONA, in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 15. Tale fase, diretta ad assumere tutte le prove che le parti intendono produrre nel corso del dibattimento, si caratterizza per la particolarità che ciascuna parte è tenuta a fornire all'altra tutte le informazioni che questi richiede, tanto che siano favorevoli alla sua linea difensiva quanto contrarie, prevedendosi in caso di inosservanza del suddetto obbligo forti sanzioni, che possono persino raggiungere la sospensione del procedimento sino all'adempimento, ovvero il rigetto della domanda, ovvero a considerare la parte inadempiente come contumace.

³⁷⁵ Si rinvia al successivo par. 11.1 per esaminare il rilievo della liquidazione equitativa del danno.

tutto de formalizzata che si discosta dalla sequela procedimentale del giudizio di cognizione³⁷⁶.

11. La sentenza

Ai sensi del comma 12 del nuovo art. 140-*bis se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme*³⁷⁷. E dunque, in caso di accoglimento della domanda due sono le strade che si aprono davanti al giudice: emettere una condanna equitativa, ovvero fissare i criteri di calcoli del danno individuale. La scelta legislativa sembra costituire una soluzione positiva verso la funzione di economia

³⁷⁶ Così GALLETTO T., *L'azione di (seconda) classe*, cit., p. 152.

³⁷⁷ Nel caso in cui il l'azione sia proposta *nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate*. Tale espressione potrà probabilmente essere interpretata nel senso che il giudice debba evitare duplicazioni nel risarcimento del danno, utilizzando come parametro risarcitorio quanto già previsto nella carta dei servizi, ma certamente potrebbe, ove ne ravvisi un danno maggiore, superare i limiti di quanto riconosciuto dai gestori.

processuale dell'azione di classe. E' sostanzialmente ridotta la possibilità di utilizzare l'azione di classe con una funzione di prevalente tutela di accertamento, costruendo un procedimento che presenti una necessaria struttura bifasica. Il riferimento alla sentenza di condanna³⁷⁸ sembrerebbe portare ad un giudizio che si conclude tendenzialmente in un'unica fase interamente collettiva³⁷⁹. Attraverso tale strumento sarà, infatti, possibile ottenere una sentenza unica -ovvero con criteri omogenei- senza che l'organo giudiziario sia costretto ad una valutazione individuale di tutti i danni dei soggetti che compongono il gruppo dei danneggiati e che partecipano al processo collettivo. In tal senso è probabile che la limitazione oggettiva indicata al

³⁷⁸ Nel senso della trasformazione nel nuovo testo dell'azione di classe della struttura del processi bifasico a monobasico si veda SANTAGADA F., *La conciliazione dell'azione collettiva risarcitoria: note a margine di una proposta di riforma dell'art. 140-bis cod. consumo*, op. cit.

³⁷⁹ Il vecchio testo dell'art. 140-bis prevedeva al comma 4: *nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa propone il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria. La proposta in qualsiasi forma accettata dal consumatore o utente costituisce titolo esecutivo*. In caso di mancata proposta da parte dell'impresa soccombente non rimaneva al singolo altra via se non quella di agire con un'azione individuale per ottenere quanto dovuto, e dunque con un'azione individuale di completamento.

comma 2³⁸⁰, possa condurre anche a rendere maggiormente omogenee le situazioni giuridiche tutelate così facilitando una condanna unica, o la formulazione di criteri da parte del giudice³⁸¹. La formulazione attuale sembra rappresentare in ogni caso un passo verso il superamento di tutte le incertezze interpretative che aveva dato luogo la natura della tutela collettiva risarcitoria del precedente testo dell'art. 140-*bis* cod. cons.³⁸². La sentenza d'accoglimento da parte

³⁸⁰ E dunque un'azione di classe limitata: a) *i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;*
b) *i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;*
c) *i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali*".

³⁸¹ Potendo in tal caso chi ritenga di aver subito un danno maggiore agire individualmente per il maggior danno.

³⁸² Il comma 4 del precedente art. 140-*bis*, stabiliva: *se accoglie la domanda, il giudice determina i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio*. L'interpretazione della natura della sentenza e della tutela ha suscitato dibattiti dottrinali. Un primo indirizzo dottrinale, molto corposo (tra gli altri si veda anche BOVE M., *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, cit., p. 11; ancora COMANDÈ G., *Un uso distorto dell'azione collettiva diventa un boomerang per il cittadino*, op.cit., p. 9; CHIARLONI S., *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, op. cit., p. 583), ha ritenuto che la fissazione dei criteri di liquidazione non facesse venir meno la natura di sentenza di accertamento anche se più o meno specifica, della responsabilità del convenuto, del diritto al risarcimento, della somma minima da liquidare. Nettamente contrario è stato, invece,

del giudice sembra, infatti, assumere le forme della sentenza di condanna. E tale veste sembra rivestire anche nel caso in cui questa si limiti ad indicare i criteri omogenei, potendosi far valere tale condanna a mezzo di atto di precetto con la sentenza e la valutazione della singola – ovvero di un gruppo di - situazioni giuridiche. Tale sentenza, infatti, sembra assumere le forme del titolo esecutivo³⁸³ inteso come «documento che attesta l'esistenza del diritto in modo sufficientemente certo per essere eseguito»³⁸⁴. Con la sentenza che fissa i criteri per la liquidazione del danno, il giudice ha, infatti, già accertato l'esistenza del danno casualmente legato alla condotta del convenuto (certezza del credito), non subordinando ad alcuna condizione o termine

un altro indirizzo interpretativo che qualificava la sentenza collettiva quale sentenza di condanna generica (Si veda tra gli altri anche CAPONI R., *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, op. cit.; CONSOLO C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, op. cit., p. 6; MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, op. cit.).

³⁸³ In tal senso si veda anche GIUSSANI A., *Il nuovo art. 140 bis codice del consumo*, cit., p. 133, il quale rileva che «ove la sentenza contenga altresì i dati per il computo della somma dovuta si può anzi ritenere soddisfatto il requisito della liquidità del diritto ai fini della sua spendita come titolo esecutivo da parte dell'aderente».

³⁸⁴ In tal senso si veda MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, op. cit., I, p. 32.

il credito (esigibilità), non determinando individualmente il danno subito³⁸⁵ solo per ragioni di funzionalità della tutela collettiva. La quantificazione del danno non verrà dunque necessariamente affidata ad una fase successiva, ma potrà calcolarsi attraverso, ad esempio, l'applicazione di criteri matematici (credito non liquido, ma facilmente liquidabile)³⁸⁶. D'altra parte la limitazione dell'ambito d'applicazione dei diritti disposta dal legislatore, così come la possibile lettura di una suddivisione in sottogruppi della classe dei danneggiati favorirebbe tale lettura, rendendo agevole una sentenza unitaria che permetta una liquidazione individuale del danno.

Si tratta certo di una delle possibili letture della disposizione normativa, che appare però logica. D'altro canto il singolo

³⁸⁵ È dunque unicamente per favorire una sentenza di condanna unitaria che il giudice, accertata l'esistenza di un danno diversificato in ciascun aderente in ragione di un unico –ovvero più - criteri di quantificazione, emana una sentenza di condanna con indicazione dei criteri di liquidazione.

³⁸⁶ Si pensi ad esempio all'ipotesi in cui il giudice accertato l'illecito seriale del convenuto e dunque il danno prodotto in capo ai consumatori aderenti, determini quale criterio di liquidazione del danno la durata del rapporto intercorrente tra danneggiato e consumatore. In tal caso determinata l'unità minima di risarcimento occorrerebbe per ciascun danneggiato calcolare con una semplice operazione di moltiplicazione il parametro dettato con la durata del rapporto oggetto della controversia.

soggetto danneggiato che ritenesse di aver subito un maggiore danno per ragioni particolari, ovvero per particolari circostanze, potrebbe non partecipare all'azione di classe ed agire autonomamente con una classica azione individuale.

In realtà è stato rilevato in dottrina³⁸⁷ come la disposizione normativa lasci libero il giudice, nel caso in cui sia necessario un giudizio individualizzato sul danno caso per caso, e dunque seppur in ipotesi eccezionale, di limitare l'azione -e di conseguenza l'oggetto della domanda ed il giudicato- alla questione attinente alla responsabilità dell'impresa convenuta. In tal caso quindi si costruirebbe un processo che non avrebbe direttamente ad oggetto un diritto, quanto l'accertamento di una situazione. Si tratterebbe quindi di accertare una questione comune ad una serie di cause successive, che per ragioni di economia processuale e per la più corretta e spedita amministrazione della giustizia, sarebbe molto più utile trattare una volta per tutte ed

³⁸⁷ In tal senso CAPONI R., *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, op. cit. o ancora *Il nuovo volto della class action*, op. cit., p. 384.

unitariamente. Di conseguenza l'art. 140-*bis* conterrebbe in realtà la possibilità di ottenere sia una sentenza di condanna, sia invece una sentenza di mero accertamento. Tale interpretazione si renderebbe possibile dall'utilizzo da parte del legislatore dell'espressione contenuta nel comma 1 -*l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni*- nonché da quanto previsto nel comma 12³⁸⁸. In particolare il riferimento alla sentenza che stabilisca criteri omogenei di calcolo per la liquidazione delle somme dovute, integrerebbe non una sentenza di condanna, ma un «accertamento qualificato cui deve seguire un'ulteriore fase (negoziale o giudiziale) di determinazione del *quantum* dovuto ai singoli aderenti»³⁸⁹. Ad una differente lettura del testo normativo il *petitum* non sembrerebbe condurre ad una sentenza di accertamento, ma

³⁸⁸ Art. 140-bis comma 12: *il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme.*

³⁸⁹ Si veda CAPONI R., *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, op. cit. L'esclusione della natura di sentenza di condanna, invero, è giustificata dall'A. dalla mancanza del requisito dell'attuale liquidità della somma.

ad una pronuncia di condanna al risarcimento del danno³⁹⁰. In dottrina si è rilevato che «tutto l'impianto dell'istituto [...] sembra essere incompatibile con un'azione circoscritta alla declaratoria di illiceità della condotta del professionista, per cui è da escludere che l'azione dell'art. 140 *bis* possa concernere esclusivamente quest'ultima forma di tutela»³⁹¹. La tesi che duplica la natura della sentenza collettiva risarcitoria, sarebbe certamente più funzionale, allargando l'ambito di tutela, ma non pare sia da accogliere. Non sembra, infatti, casuale che la nuova norma, a differenza della precedente formulazione, abbia eliminato quella scissione che vedeva il processo collettivo, quasi necessariamente articolato in due fasi, nella cui seconda si sarebbe determinato il danno, naturalmente individuale. Nel nostro ordinamento sembra quindi essere stata prediletta una lettura del risarcimento del danno unitario, a scapito della

³⁹⁰ In ogni caso il principio dispositivo non impedirebbe a chi agisce di limitarsi a richiedere l'accertamento della responsabilità, pur non essendone obbligata. Ciò farebbe sorgere il dubbio se possa allora ammettersi una successiva azione di classe in cui invece il gruppo richieda la condanna risarcitoria.

³⁹¹ MENCHINI S. , MOTTO A., *Art. 140 bis*, cit.

precisione nell'attuazione del diritto sostanziale in materia d'esatta liquidazione³⁹². Una soluzione fortemente innovativa, circoscritta per i particolari diritti deducibili con l'azione di classe.

11.1. Segue. La determinazione del “quantum”

Un ulteriore profilo problematico della nuova azione di classe è costituito dalla determinazione del *quantum*. Occorre, infatti, accertare quali possano essere le modalità di determinazione della condanna unitaria, e cioè se il compito giudiziale sarà teso a determinare singolarmente, e secondo i classici criteri di determinazione, il danno risarcibile, ovvero se le esigenze di economia dei giudizi, insite nella tutela collettiva risarcitoria, possano condurre il giudice ad una valutazione meno ferrea dei meccanismi individuali per la reintegrazione del danno subito. In tal senso sembra indicativa l'inserimento della possibilità riconosciuta alla corte di liquidazione equitativa del danno,

³⁹² Ciò naturalmente se la parte che partecipa all'azione di classe ovvero vi aderisce accetta tale modalità di liquidazione.

ovvero con criteri omogenei, che proietta l'azione di classe nell'orizzonte operativo della *class action* americana. Com'è facile accertare, infatti, nella maggioranza delle ipotesi il danno prodotto in capo ai singoli consumatori dall'illecito seriale è spesso diversificato. Ciò porta alla scelta di due mali: «procedere alla liquidazione su base individuale, rinunciando alle economie di scala ed agli effetti perequativi delle opportunità processuali prodotti dall'azione collettiva, oppure adottare comunque un metodo standardizzato, rinunciando alla precisione nell'attuazione in sede giurisdizionale del diritto sostanziale»³⁹³. Nell'esperienza della *class action* americana, infatti, il risarcimento collettivo più che assolvere la funzione di riparazione del danno subito svolge una funzione di regolazione delle condotte di mercato in tal senso apparendo «pienamente funzionale all'esigenza del controllo e della responsabilità sociale delle imprese», e dunque sostituendosi al nostro sistema interno fondato sul ruolo

³⁹³ Si veda GIUSSANI A., *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, op. cit.

delle *Autorities*.

Ciò che distingue il sistema americano ed il nostro, in tema di rapporto con le forme collettive di risarcimento, è il diverso peso che ha nei due sistemi l'esigenza di efficienza dell'azione di classe e la corretta liquidazione del danno, con rilievo del diritto soggettivo. Si tratta anzitutto, come spesso accade, di una precisa scelta politica e di sistema. L'aspetto che rileva maggiormente è che il risarcimento è utilizzato -a differenza della nostra funzione di strumento di ripristino del danno subito- con una funzione di deterrenza ovvero di redistribuzione del rischio, ed è quindi naturale che vi si accompagni il danno punitivo, vista la funzione di impedire al convenuto di tenere una condotta dannosa in futuro³⁹⁴. Ma già la stessa struttura della *class action* americana sembra agevolare un risarcimento non legato ad un accertamento individuale del danno. E ciò si coglie sia dall'utilizzo degli stessi criteri di ammissibilità, ove ad esempio il giudice ammette la *class action* solo se le pretese

³⁹⁴ A ciò si deve anche una lettura diversificata e meno ferrea con cui il giudice accerta il nesso di causalità.

sono *typically* -cioè le pretese di ognuno sono le medesime pretese che tutti i componenti della classe potrebbero far valere- sia in secondo luogo anche dalla possibilità di distinguere i componenti della classe in tante sotto classi anche per agevolare le differenze che vi sono tra di essi e quindi per agevolare forme di risarcimento il più possibile differenziate che utilizzino comunque l'efficienza di economie di scala tipiche della *class action*. È, certo, anche vero che, con l'utilizzo di tali economie di scala, i soggetti che ne vengono danneggiati sono coloro i quali hanno subito un danno maggiore, perché normalmente si attua una perequazione rispetto all'ammontare complessivo del danno³⁹⁵.

Alle caratteristiche evidenziate dalla *class action* se ne affianca, forse, quella maggiormente indicativa della funzione attribuita al risarcimento collettivo, costituita dalle c.d. *fluid class recovery*³⁹⁶. E' possibile che talvolta siano

³⁹⁵ In tal senso GIUSSANI A., *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, op. cit.

³⁹⁶ Nel senso di auspicare una soluzione legislativa di diritto sostanziale che stemperi la precisa attuazione del diritto al risarcimento del danno in materia di illeciti plurioffensivi, con un meccanismo similare al sistema

accertati i guadagni illeciti del convenuto, ma non siano individuabili le vittime dell'illecito. In casi come questi la Corte può ugualmente pronunciare la sentenza, e attribuire le relative somme ad un gruppo di soggetti che corrisponde approssimativamente alle effettive vittime dell'illecito. In questo caso il risarcimento dei danni è attribuito, piuttosto che ai singoli individui che hanno subito l'illecito, alla categoria della quale essi fanno parte. L'autore dell'illecito è quanto meno dissuaso dal ripetere in futuro la condotta illecita, e di conseguenza potranno fruire della somma anche soggetti concretamente diversi da chi ha subito un danno (da tale caratteristica di estrema fluidità della classe emerge la denominazione dell'istituto)³⁹⁷.

In dottrina³⁹⁸, è stato rilevato come ove il sistema risarcitorio adottato per le controversie seriali prevedesse una

del *fluid recovery*, CAPONI R., *Il nuovo volto della class action*, op. cit., p. 387

³⁹⁷ Si creerà dunque un *trust* (fondo) gestito giudizialmente potendosi modificare in ogni tempo le modalità di utilizzo dello stesso. L'art. 54 (2)(d) della *Federal Rules of civile procedure* degli Stati Uniti d'America disciplina la forma particolare di *fluid recovery* dettando una procedura speciale che vede anche la partecipazione di uno special master a cui il giudice rinvia le questioni relative al valore del danno.

³⁹⁸ GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, op. cit., p. 64

determinazione unitaria e globale del risarcimento dovuto alla classe dei danneggiati la cui somma fosse destinata ad uno specifico fondo, lasciando poi ad una fase successiva il concreto riparto in base alla prova della causalità specifica³⁹⁹, si produrrebbe «solo una più accurata applicazione della legge sostanziale ai fini della deterrenza della condotta illecita», ma ove si rinunciasse anche ad una seconda fase di ripartizione secondo il diverso grado di causalità dell'evento dannoso, si produrrebbe «inoltre un effetto redistributivo più difficile da conciliare con le funzioni compensative del sistema della responsabilità civile, perché vengono uniformati gli esiti di quelle che in via individuale sarebbero [.....] liquidazioni differenti».

Ad una possibile lettura del comma 12 del nuovo art. 140 *bis*⁴⁰⁰ il richiamo al risarcimento secondo equità assume un rilievo assai importante che segna una netta rottura rispetto

³⁹⁹ In modo tale da determinare priorità nell'accesso al risarcimento sino ad esaurimento del fondo, soddisfacendo prioritariamente quanti risultassero con maggiori probabilità vittime dell'illecito.

⁴⁰⁰ Recita il comma 12 del nuovo art. 140-bis del cod. cons., *se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme.*

alla precedente formulazione dell'azione collettiva risarcitoria e che realizzerebbe un passo ulteriore verso la *ratio* tipica della tutela collettiva. Il riferimento all'art. 1226 c.c. sarebbe, infatti, pleonastico ove s'intendesse meramente ricognitivo di poteri che normalmente sono attribuiti all'organo giudiziale⁴⁰¹. Tale riferimento invece avrebbe un significato ulteriore e diverso se, invece, inteso nel senso di caratterizzare una determinazione peculiare del *quantum* che fa divenire ordinaria, nei giudizi collettivi risarcitori, una regola che assume invece contorni d'eccezionalità. L'art. 1126 c.c. stabilisce che *se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa*, e dunque ove «il danneggiato non è in grado di poter dare la prova del preciso ammontare del danno, esso è liquidato dal giudice, anche d'ufficio (e cioè a prescindere da una richiesta della parte) con valutazione equitativa»⁴⁰². In tal senso l'impossibilità di dare prova del

⁴⁰¹ Anche in assenza di un esplicito richiamo legislativo sarebbe parimenti applicabile il disposto dell'art. 1226 c.c., ove il danno accertato non potesse essere provato nel *quantum*.

⁴⁰² Si veda GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni scientifiche italiane.

danno non va intesa in modo assoluto, ma in senso relativo⁴⁰³ come impossibilità della prova del *quantum* a seguito dell'utilizzo diligente degli ordinari mezzi di prova. Di conseguenza «sarebbe impossibile anche la prova che potrebbe essere prodotta solo a costo di affrontare grandi difficoltà»⁴⁰⁴. È evidente, quindi, come, tenuto conto dell'impossibilità -relativa- a determinare in modo dettagliato e certo per ciascun componente del gruppo dei danneggiati il *quantum* dovuto, un ordinario riferimento alla liquidazione ex art. 1226 c.c. delle somme definitive dovute agli aderenti si vesta di un significato aggiuntivo, delineando un'azione di classe che comporti la determinazione del *quantum* secondo criteri risarcitori che non siano unicamente legati alla determinazione di ogni singolo danno. Come è stato rilevato in dottrina «attraverso tale previsione si consente al giudice di procedere ad una liquidazione equitativa anche nell'ipotesi in cui non sussistano le condizioni che ordinariamente permettono di

⁴⁰³ Si veda sempre GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, op. cit.

⁴⁰⁴ GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, op. cit., p. 605

supplire all'impossibilità della prova del danno risarcibile nel suo preciso ammontare»⁴⁰⁵.

Naturalmente liquidazione equitativa del danno non significa in alcun modo arbitrarietà legislativamente riconosciuta al giudice, il quale, invece, è necessario che, in sentenza, detti una motivazione che dia adeguatamente conto del processo logico attraverso cui si è pervenuti alla liquidazione, indicando i criteri assunti a base del procedimento valutativo. L'aderente dunque non sarà liberato dalla produzione di tutta la documentazione che oltre ad accertare l'esistenza del danno sia volta a determinare il *quantum* dovuto, né d'atra parte il giudice potrebbe prescindere dall'attribuire il massimo rilievo alle prove prodotte, pur prescindendo da un esame dettagliato ed individuale nella determinazione della somma da risarcire. Occorre invero rilevare, com'è stato fatto in dottrina che, «se la rinuncia alla precisione nella liquidazione del danno può imputarsi alla volontà delle parti stesse, in materia di

⁴⁰⁵ GALLETTO T., *L'azione di (seconda) classe*, cit., p. 153.

diritti disponibili, il problema dell'imprecisione sembra poter assumere un'importanza decisamente minore»⁴⁰⁶. La scelta se partecipare ad un'azione di classe potrebbe costituire un utile compromesso in tal senso, potendo il soggetto danneggiato fruire dell'attività processuale altrui con abbattimento dei costi d'accesso alla giustizia, ma d'altro canto accettare una modalità di risarcimento del danno che non individui con nettezza assoluta il pregiudizio su di esso prodottosi. Il problema sarà semmai ottenere concretamente un tale tipo di risarcimento⁴⁰⁷, non perdendo

⁴⁰⁶ GIUSSANI A., *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, op. cit. il quale continua rilevando come «ovviamente la disponibilità della tutela non può e non deve implicare piena disponibilità della tecnica della tutela, e la liquidazione standardizzata di danni prodotti da un unico illecito ma diversificati nell'ammontare può essere adottata solo in base ad esplicite previsioni normative, ma tali previsioni, differenza del caso in cui tale volontà manchi, non sembrano poter pregiudicare alcuna garanzia costituzionale».

⁴⁰⁷ In tal senso si potrebbe, infatti, riportare una pronuncia della Corte di Cassazione in materia di risarcimento secondo equità ex art. 1226 c.c. nell'ipotesi di illeciti seriali, che enuclea una interpretazione del risarcimento equitativo del danno molto restrittiva e difficilmente compatibile con la ricostruzione del risarcimento illustrata nell'azione di classe. L'ordinanza del 25 giugno-21 settembre 2009, n. 20324, infatti, illustra una decisione della Corte intervenuta in merito ad un ricorso per cassazione proposto dall'ENEL avverso una sentenza del Tribunale di Paola, in appello alla sentenza resa dal Giudice di Pace di Cetraro che in ordine alla vicenda dell'interruzione della somministrazione dell'energia verificatasi nella notte tra il 27 ed il 28 settembre 2003 aveva condannato l'Ente al risarcimento dei danni per illecito extracontrattuale ex art. 1226 c.c. La corte, in tale pronuncia, accoglie una interpretazione del concetto di risarcimento secondo equità che sembrerebbe precludere a forme di

l'efficacia economica insita nell'istituto dell'azione di classe, in quanto impostazione «assai difficile da adottare in ordinamento come quello italiano, in cui il reclutamento dei magistrati si fonda sulla loro personale competenza tecnica più che sulle loro personali capacità politiche, e rinunciare alla precisione nell'attuazione del diritto sostanziale sembrare alle fondamenta proprio il principale criterio legittimante l'esercizio del potere giurisdizionale»⁴⁰⁸.

Ultimo cenno deve necessariamente esser fatto con riferimento all'assenza nel nuovo testo normativo⁴⁰⁹ di una

risarcimento utilizzabili mediante il nuovo strumento processuale dell'azione di classe, ove ritiene che il risarcimento secondo equità, pur rendendo possibile ragionamenti di tipo probabilistico induttivo, non permette però di svolgere accertamenti astratti, ma richiede una precisa rispondenza del criterio elaborato alla vicenda concreta (Si veda ordinanza del 25 giugno-21 settembre 2009, n. 20324, su www.altalex.com); nello stesso senso si riporta la sentenza del Tribunale di S. Maria Capua Vetere, sez. dist. Marcianise con cui, in riforma alla sentenza del Giudice di Pace di Marcianise che aveva condannato l'Enel al risarcimento dei danni, si sosteneva che la "valutazione equitativa presuppone in primo luogo la prova del danno stesso" (Cass. n. 8711/1999) nonché "*la prova delle componenti di detto danno, potendo procedere il giudice alla relativa valutazione equitativa solo in caso di grave difficoltà o di impossibilità di dimostrare la misura dello stesso*" (Cass. 8795/00) e che pertanto i danni asseriti, essendo stati presunti anziché provati (con i diversi mezzi di prova previsti dal codice di rito, quali prove testimoniali, materiale fotografico, accertamento tecnico preventivo, ecc.) comportavano la censura della sentenza del giudice di prime cure, per erronea applicazione degli artt. 1226 c.c. e 115 c.p.c.

⁴⁰⁸ GIUSSANI A., *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, op. cit.

⁴⁰⁹ Oltre all'assenza di alcuna previsione in tema cautelare.

disciplina in tema d'esecuzione della sentenza. In tal senso i rilievi conseguono a quelli esposti sulle problematiche in tema di determinazione del *quantum*, ove s'intendesse la condanna risarcitoria come unitaria condanna al risarcimento dei danni e senza una precisa e dettagliata individuazione del danno da ciascun consumatore o utente subito. Sul punto ci si limiterà a compiere due brevi rilievi. Il primo è legato alla gravità dell'assenza di alcuna disposizione, che lascia assolutamente incerto il singolo sulle conseguenze esecutive dell'emanazione di una sentenza collettiva. Il secondo rilievo è invece un raffronto comparatistico con l'esperienza statunitense. Nella *class action* la somma complessiva risarcita a seguito dell'eventuale sentenza di condanna viene corrisposta ad un apposito fondo gestito da organi amministrativi (*special masters*) di nomina e supervisione giudiziaria, con funzione di nuova controparte dei terzi creditori (*class members*). Si tratta di una figura di organo non giudiziale ma amministrativo burocratico. In tal caso dunque nascerà un

nuovo rapporto con il master volto a far accertare l'unica questione ancora aperta, cioè l'effettiva appartenenza di ciascun pretendente alla classe e all'incidenza dei suoi diritti rispetto all'insieme dei pregiudizi subiti dalla classe⁴¹⁰.

Sarebbe stato opportuno, quindi, che il legislatore invece dell'applicazione dell'ordinaria disciplina delle esecuzioni, con le numerose incertezze che lascia una tutela collettiva, avesse specificamente previsto una disciplina dettagliata e che rispondesse meglio alle dinamiche del tutto peculiari dell'istituto.

12. Le rilevanti lacune normative. L'assenza della disciplina sulle impugnazioni.

L'introduzione nell'ordinamento italiano di un istituto del tutto nuovo, sia per tradizione giuridica che per le soluzioni processuali adottate, così diverse dal tradizionale processo italiano, avrebbe imposto al legislatore un'attenzione maggiore ai temi ed agli aspetti complessivamente

⁴¹⁰ Si veda MARTINELLO P., *La class action*, in Cons. Dir. e Merc. 2006, n. 1 p. 93.

interessati dall'azione di classe, tentando di dettare una disciplina completa che interessasse il giudizio di primo grado, l'appello e le eventuali azioni cautelari. Tale attenzione e completezza non è stata osservata, con la conseguenza che l'interprete si trova oggi costretto a ricostruire integralmente intere fasi processuali, che necessariamente richiederebbero soluzioni collegate alle peculiari caratteristiche della tutela collettiva risarcitoria.

Anzitutto in tema d'impugnazione della pronuncia collettiva, la nuova normativa dell'azione di classe non detta alcuna regola. Tale lacuna oltre ad essere incredibile è francamente imperdonabile.

L'interprete dovrà quindi costruire una disciplina nuova che, pur partendo dalla disciplina generale delle impugnazioni, si adatti ove possibile alle esigenze del nuovo strumento processuale. Si tratta di un compito arduo specie su un terreno inesplorato come quello della tutela collettiva. In realtà occorre dire come, sia il testo precedente dell'art. 140-*bis* del cod. cons., sia tutti i disegni di legge proposti in

tema d'azione collettiva risarcitoria⁴¹¹, già a partire dalla XIV° legislatura, non hanno mai posto attenzione alla fase d'impugnazione della sentenza collettiva. Ciò, se può apparire strano già con riferimento agli istituti formulati seguendo il modello dell'azione collettiva risarcitoria tipica dei sistemi di *civil law*, in cui sia la legittimazione ad agire attribuita ad un ente esponenziale che l'utilizzo della formula del giudicato *secundum eventum litis*, potrebbero ridurre difficoltà applicative dell'ordinaria disciplina delle impugnazioni⁴¹², appare ancor più incomprensibile alla luce di una disposizione come quella dettata con il nuovo art. 140-*bis* del cod. cons., che considera legittimati ad agire in giudizio tutti i componenti del gruppo dei danneggiati. Dalla disposizione sembrerebbe, infatti, che, con riferimento alla

⁴¹¹ Ed infatti tutti i disegni di legge proposti nel corso delle precedenti e dell'attuale legislatura non dettano alcuna disciplina dell'impugnazione della sentenza collettiva (si vedano in tal senso i ddl n.ri 4639/C , 4747/C, 3838/C, n. 3839/C e n. 3058/S XIV Legislatura, i ddl n.ri 1289/C, 1662/C, 1330/C e 1495/C XV Legislatura, nonché i disegni di legge proposti nel corso dell'attuale legislatura n.ri. 1845/C, 1824/C, 454/S e 410/C).

⁴¹² Un processo collettivo che attribuisca la legittimazione ad agire solo ad associazioni dei consumatori, ovvero comitati, mantiene comunque la struttura bilaterale del processo, con la riduzione delle problematiche relative ai soggetti legittimati ad impugnare.

classe attrice, la legittimazione debba essere riconosciuta all'intera classe sociale, così come rappresentata unitariamente in primo grado. Sembrerebbe inoltre che colui che ha proposto un'autonoma azione di classe possa impugnare autonomamente la sentenza collettiva, anche nell'ipotesi in cui i proponenti l'azione di classe abbiano fatto acquiescenza ovvero non possano impugnare. Lettura quest'ultima che sembra emergere coerentemente dalla possibilità, prevista nel comma 14, di proporre ulteriori azioni di classe, nel termine fissato dal giudice ai sensi dell'art. 140-*bis* comma 9.

Si pensi ancora al problema che potrebbe sorgere nell'ipotesi di difforme valutazioni in merito all'opportunità di impugnare da parte dei singoli componenti della classe. Nel caso in cui la classe fosse soccombente ed i componenti della classe si considerassero unitariamente vincolati dalla decisione collettiva, non prevedere la possibilità di impugnare la sentenza individualmente sarebbe penalizzante e limitante. Occorre, infatti, rilevare come i singoli aderenti

presentano interesse ad impugnare la sentenza collettiva, in quanto soggetti che potenzialmente, seppur non partecipando come parte in senso processuale, possono subire gli effetti sfavorevoli della sentenza al pari dei proponenti l'azione di classe⁴¹³. In tal senso, i soggetti aderenti ben potrebbero essere qualificati come soccombenti⁴¹⁴.

⁴¹³ Si riferisce al possibile interesse degli aderenti ad impugnare la sentenza CANALE G., *Il invitato di pietra ovvero l'aderente nell'azione di classe*, cit., p. 10; contrari ad ammetterle l'impugnabilità da parte degli aderenti MENCHINI S., MOTTO A., *Art. 140 bis*, cit. salvo avanzare dubbi su tale soluzione nel caso in cui la soccombenza riguardi unicamente i singoli; nello stesso senso BOVE M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit.

⁴¹⁴ In realtà proprio la natura di parte atipica del processo di primo grado comporta, già in tale sede, problemi di applicabilità della ordinaria disciplina delle impugnazioni. Perché, infatti, un soggetto possa essere considerato soccombente, occorre che questi sia stato parte nel giudizio che ha condotto alla decisione impugnata. Nessuna distinzione viene quindi fatta rispetto a chi rivesta in giudizio la qualità di parte processuale in senso sostanziale. La soluzione migliore allora avrebbe potuto consistere nella previsione, anche nel giudizio d'appello, di una disciplina ed un meccanismo processuale di adesione all'impugnazione così come prevista per il giudizio di primo grado. D'altra parte ove invece si considerassero legittimati ad impugnare la sentenza collettiva tutti i soggetti aderenti, ai sensi dell'art. 335 c.p.c. tutte le impugnazioni proposte contro la stessa sentenza andranno riunite in un unico processo, con la conseguenza che il giudice d'appello potrebbe trovarsi di fronte a centinaia, ovvero migliaia di impugnazioni proposte dai diversi aderenti soccombenti, paralizzandosi così l'attività della corte e dunque facendo rientrare dalla finestra ciò che il legislatore aveva cacciato via dalla porta. È vero però che non sussistono obblighi di partecipazione all'azione di classe e di conseguenza apparirebbe logica una limitazione e compressione del diritto ad impugnare individualmente subendo le conseguenze della propria scelta.

A tali problemi altri se ne affiancherebbero, come l'eventuale ipotesi in cui pur se l'attore collettivo decidesse di appellare la sentenza di primo grado taluni componenti della classe volessero fare acquiescenza, ovvero quali potrebbero essere le conseguenze per i non appellanti nel caso in cui si riconoscesse una legittimazione individuale ad impugnare.

Si pensi ancora alle problematiche relative alla notifica della sentenza di primo grado ed ai costi da affrontare per le notifiche in grado di appello.

In realtà la disciplina dell'appello nell'azione di classe pone così tanti e rilevanti aspetti problematici, da meritare un'attenta e matura riflessione che in un lavoro d'analisi a prima lettura della norma non sembra possibile affrontare.

Le riflessioni sopra richiamate dovranno quindi considerarsi non definitive e costituiscono solo un primo approccio agli innumerevoli ostacoli e problemi che l'assenza di una disciplina sulle impugnazioni comporta.

12.1. segue. La tutela cautelare.

Ulteriore lacuna della nuova disposizione normativa è rappresentata dalla mancata emanazione di una disciplina sulla tutela cautelare. È ben possibile che i consumatori danneggiati dall'illecito seriale possano avere il timore che, nelle more dei tempi occorrenti per la definizione del procedimento collettivo, sia pregiudicato il proprio diritto al risarcimento del danno⁴¹⁵. La struttura dell'azione di classe comporta aspetti problematici di non lieve conto, che naturalmente non si riscontrano nell'ipotesi di due, ovvero poche parti del giudizio.

In tale lettura dell'istituto limiterei l'attenzione alla misura cautelare che appare maggiormente utilizzabile in un giudizio di classe, ovvero al sequestro conservativo, come misura che meglio di altre possa prevenire il rischio tipico che possa ricorrere in tali evenienze di perdere la garanzia del proprio credito.

⁴¹⁵ Si pensi alla possibilità che un'impresa produttrice che abbia realizzato un illecito seriale dalla messa in commercio di un prodotto difettoso, possa distrarre il proprio patrimonio e così impedire alla classe dei soggetti danneggiati di ottenere il risarcimento dovuto, ed alla conseguente richiesta di sequestro conservativo ex art. 671 c.p.c.

Non sembra si pongano particolari ostacoli alla possibilità, sia in corso di causa che *ante causam*, di poter presentare la richiesta d'emissione di una misura cautelare⁴¹⁶.

In tal senso, però, il primo aspetto problematico che si potrebbe porre riguarda la possibilità che si possa chiedere una misura cautelare prima del giudizio di ammissibilità⁴¹⁷.

Sembra preferibile non considerare ostacolata tale richiesta dalla presenza di una fase processuale nel merito che subordini al giudizio di cognizione la sussistenza di alcuni requisiti legislativamente predeterminati. In tal senso

⁴¹⁶ Contrario invece BOVE M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., il quale ritiene che «l'esigenza che l'azione di classe possa procedere solo se ammessa fa sorgere il dubbio che l'attore di classe possa chiedere ed ottenere la concessione di un provvedimento cautelare *ante causam*».

⁴¹⁷ Si tratta, con le dovute differenze di una tematica che ha interessato specie la giurisprudenza lavorista in tema di proponibilità della domanda cautelare prima di una apposita fase processuale richiesta a pena di improcedibilità del giudizio cognitorio, quale la conciliazione. La soluzione data dalla giurisprudenza di merito va nel senso che sia ammissibile l'esercizio dell'azione cautelare *ante causam* pur senza il preventivo esperimento del tentativo di conciliazione così come espressamente contemplato poi successivamente dall'art. 412*bis* ult. Comma, (si vedano in tal senso Trib. Napoli, 03/02/2005; Trib. Pisa 22 settembre 2007 n. 404; Trib. Pordenone 23 giugno 2007; Trib. Rovereto 18 aprile 2007) . La stessa Corte Costituzionale con sentenza del 13 luglio 2000 n. 276, occupandosi di una vicenda in parte assimilabile, relativa alla possibilità di agire con ricorso per decreto ingiuntivo senza l'esperimento del tentativo di conciliazione in materia di controversie di lavoro, ha rilevato come sia sempre possibile prima dell'esperimento del tentativo di conciliazione ottenere una tutela cautelare della situazione giuridica sostanziale.

appare, infatti, verosimile che il giudice cautelare dovrà accertare i medesimi requisiti previsti dalla disciplina dell'art. 140-*bis* anche in sede d'analisi e d'accertamento del *fumus*, coinvolgendo tutti i presupposti e le condizioni dell'azione e dunque anche i requisiti di ammissibilità di cui al comma 6 dell'art. 140-*bis*. Tale valutazione inevitabilmente anticiperà l'accertamento dell'eventuale fondatezza nel merito della domanda del successivo giudizio collettivo, onde poter concedere la misura cautelare.

Altra questione da valutare è, invece, riferita all'accertamento del *periculum*, onde valutare in che limiti il dovere del giudice di accertare il requisito possa spingersi sino a considerare l'ammontare complessivo della richiesta risarcitoria, che potrebbe essere proposta dall'intera classe dei danneggiati. In altre parole, occorre chiedersi se il giudice nell'ipotesi di misura cautelare chiesta *ante causam*, ovvero in corso di causa, dovrà accertare il *periculum*, come perdita della garanzia del credito, rispetto ai soli soggetti

che ricorrono, ovvero non possa spingersi a ritenere rilevante in tal senso anche il credito potenzialmente attivabile in un giudizio di classe da parte di quei soggetti danneggiati che non agiscono per la richiesta della misura cautelare. La risposta non potrebbe che essere positiva, ove si consideri l'orientamento frequente della giurisprudenza, secondo cui il pericolo va valutato in relazione alla situazione economica generale del debitore, e non solo alle attività oggetto del sequestro⁴¹⁸. Rispetto dunque ad un'ipotesi tipica in cui un illecito seriale abbia prodotto un danno unitario di 100 Euro a 10.000 consumatori ed utenti, il giudice cautelare investito con ricorso da 300 consumatori che ritengono vi sia il rischio di perdere la garanzia del proprio credito, dovrà valutare il *periculum*, certamente con riferimento al credito vantato dai soggetti ricorrenti, ma altresì dovrà verosimilmente compiere una valutazione della complessiva situazione debitoria del convenuto circa la probabilità, più o meno elevata, che sia o possa essere

⁴¹⁸ Si veda in tal senso SANTANGELI F.- CANTILLO M., *Il sequestro nel processo civile*, Milano, 2003, p. 90 ss.

convenuto da una parte maggiore dei soggetti componenti la classe danneggiata.

Rispetto a tale rilievo riconosciuto al concetto di *periculum*, altro, invece, sarebbe una valutazione della complessiva situazione debitoria del convenuto derivante dal potenziale danno prodotto sulla classe al fine di concedere un sequestro conservativo su beni d'importo pari a tale eventuale danno⁴¹⁹. In tal caso, infatti, il giudice della cautela, avrà ad oggetto della sua analisi i soli ricorsi proposti ed il credito da questi vantato, senza alcuna considerazione dell'ammontare complessivo del credito vantato dalla classe danneggiata, onde stabilire un tetto massimo entro cui

⁴¹⁹ A tal proposito parte della dottrina (si veda a tal proposito REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, p. 64; LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano 2000, IV p. 205; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, op. cit., 2002, p. 373), ha ritenuto che il provvedimento di sequestro debba avere un limite massimo entro cui eseguire. Invero, l'assenza di un esplicito richiamo normativo negli art. 2901 c.c. e 671 c.p.c., ha portato a ritenere valido il provvedimento concessivo del sequestro privo di indicazione dell'ammontare massimo del credito al cui interno attuare il sequestro, stante in ogni caso l'opportunità che «il giudice della cautela circoscriva l'ammontare del credito su cui eseguire», rilevando comunque che il provvedimento cautelare di sequestro «operi come vincolo sul bene a favore del sequestrante indipendentemente dall'entità del credito; ne consegue che il sequestrante potrà soddisfarsi sul bene fino alla concorrenza indicata nella sentenza (cui il sequestro è strumentale), anche se la somma ivi disposta fosse superiore a quella che era stata indicata dal giudice della cautela come limite massimo di esecuzione del sequestro» così SANTANGELI F.- CANTILLO M., *Il sequestro nel processo civile*, op. cit., p. 95 ss.

concedere la misura da eseguire. Ed, infatti, mentre una valutazione del *periculum* che tenga conto della complessiva situazione debitoria del convenuto ed anche della potenziale ampiezza dell'azione di classe -di cui è strumentale la misura cautelare- è funzionale alla tutela dei ricorrenti, un'eventuale concessione del tetto massimo entro cui concedere la misura da eseguire commisurata ad un ammontare maggiore, comporterebbe una violazione del principio tra il chiesto ed il pronunciato.

13. Giudicato

Posto che, come stabilisce il comma 14, *la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti*, resta da definire quale sia l'effetto del giudicato nei confronti dei soggetti che restano estranei al processo collettivo risarcitorio, ovvero di definire se la sentenza collettiva possa da parte di tali soggetti essere utilizzata, e dunque produrre effetti *secundum eventum litis*, ove favorevole. Non sembra potersi trarre una tale

interpretazione dalla disposizione esaminata che certo non favorisce l'efficacia *in utilibus*, anche se il mancato utilizzo d'espressioni come "solo" o "esclusivamente", non la esclude totalmente. Si tratta di un problema aperto: da una parte è da rilevare come il nuovo articolo debba contemperare la situazione dei soggetti che aderendo, hanno corso il rischio di perdere il proprio diritto in caso di sconfitta collettiva, mentre un tale rischio non sarebbe corso dai soggetti che non aderendo si avvantaggino esclusivamente del giudicato favorevole; dall'altra, la situazione del soggetto che sarebbe legittimato ad aderire è pur sempre più debole della posizione dell'impresa, e pertanto tale soggetto andrebbe in qualche modo tutelato. A ciò servirebbe il giudicato *in utilibus*, almeno dal punto di vista dell'accertamento dei fatti⁴²⁰. Si dovrebbe inoltre considerare la naturale tensione dell'ordinamento ad evitare

⁴²⁰ Si potrebbe, infatti, profilare la distinzione ed il nodo centrale giustificativo dell'utilità riscontrabile nel meccanismo delle adesioni all'azione collettiva: coloro che presentano le adesioni subiranno nel processo collettivo l'accertamento della qualità di creditori del convenuto (eventualmente) soccombente, la qual cosa non risulta influente. I soggetti che, non aderenti, eventualmente si avvalsero del giudicato *in utilibus* dovrebbero nel giudizio individuale dimostrare l'appartenenza alla classe dei danneggiati.

il potenziale conflitto di giudicato pratico. In tal senso la soluzione del giudicato *secundum eventum litis* sembrerebbe essere una soluzione ideale. Si terrebbe salvo il diritto del terzo di difendersi nel nuovo processo, facendo così integralmente salvo, com'è necessario, il diritto di difesa. Da questo punto di vista, d'altra parte forse non si lederebbe neanche il diritto di difesa dell'impresa convenuta⁴²¹ e, d'altra parte, si valorizzerebbe anche il risultato di un processo costruito davanti ad un organo collegiale con la piena difesa dell'impresa soccombente.

In conclusione certo sotto un profilo strettamente giuridico, si è in presenza di diritti individuali, e non applicandosi l'art. 1306 c.c., l'operatività del giudicato *secundum eventum litis* apparirebbe probabilmente una forzatura⁴²².

⁴²¹ Si tratta certo di un'affermazione sulla cui certezza sarebbe necessaria probabilmente una riflessione, specie nei casi in cui questa fosse rimasto contumace, ovvero nell'ipotesi in cui la stessa avesse deciso una strategia difensiva soft, nei casi in cui il numero dei partecipanti alla classe fosse basso.

⁴²² Nel senso di ritenere esclusa nell'azione di classe un'efficacia *secundum eventum litis* del giudicato, CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, cit., p. 59.

È da ricordare come l'ordinamento italiano nei casi in cui ha tutelato interessi superindividuali suscettibili di lesione collettiva ed individuale, l'obbligo di prevenire o di eliminare gli effetti della condotta illecita è stato inserito nello schema delle obbligazioni indivisibili, con conseguente applicazione della disciplina delle obbligazioni solidali (si

Sembra da preferirsi conseguentemente una lettura che escluda l'estensione *in utilibus* degli effetti della sentenza collettiva, e ciò anche alla luce della diversa costruzione della nuova azione di classe rispetto alla precedente. La strutturazione della tutela collettiva tendenzialmente diretta a concludersi con un'unica fase di determinazione e condanna al risarcimento, giustifica l'estensione del giudicato ai soli aderenti, pena l'assenza di alcuna logica diversificazione tra le posizioni dei soggetti che decidano di partecipare o meno all'azione di classe. Giustificazione che invece, ad una possibile lettura, avrebbe potuto attribuirsi ad una tutela collettiva bifasica, in cui elemento distintivo tra aderenti e soggetti che si avvalsero successivamente *secundum eventum litis* del giudicato, si sarebbe fondata sulla necessità nei successivi giudizi individuali di dover fornire la prova dell'appartenenza alla categoria dei soggetti danneggiati, già accertata in capo a chi avesse aderito alla

veda in tal senso CAPONI R., *Una lettura di interrogativi in attesa della giurisprudenza*, op. cit., p. 180). Nell'ipotesi disciplinata dall'azione di classe l'azione ha ad oggetto diritti individuali omogenei che escludono la presenza di obbligazioni solidali o indivisibili.

tutela collettiva.

Capitolo IV

TRANSAZIONE E CONCILIAZIONE NELLA TUTELA COLLETTIVA RISARCITORIA

ITALIANA

Indice: 1. Introduzione – 2. L'azione collettiva risarcitoria e la fase conciliativa successiva alla sentenza nella pregressa versione dell'art. 140bis cod. consumo – 3. La nuova azione di classe ed i rapporti con la disciplina sulla mediazione. La conciliazione obbligatoria - 3.1. La conciliazione facoltativa e giudiziale nel corso dell'azione di classe – 3.2. Segue. L'azione di classe e la posizione degli aderenti nel procedimento di mediazione - 3.3. Segue. L'impresa convenuta e la necessità di un'interpretazione efficace della disciplina del D.lgs. n. 28 del 2010 - 3.4. Le altre lacune nei rapporti tra mediazione e azione di classe. La conciliazione precedente alla scadenza del termine per le adesioni - 3.5. Segue. Le conseguenze sugli aderenti che non partecipano all'accordo conciliativo - 3.6. Segue. La conciliazione parziale in caso di pluralità di azioni di classe e di attori proponenti – 3.7. De iure condendo. Il ruolo del giudice nella definizione negoziale dell'azione di classe – 4. Il rapporto tra istituto della mediazione e transazione. Lacuna normativa ed estensione analogica delle soluzioni offerte dal legislatore delegato

1. Introduzione

La normativa dettata dal legislatore in tema di mediazione civile e commerciale contenuta nel D.Lgs. n. 28 del 2010,

offre lo spunto per valutare le possibili interazioni con la tutela collettiva risarcitoria, ora disciplinata dal nuovo art. 140*bis* del Codice del Consumo.

La tematica della mediazione, non a caso acquisisce una valenza particolare in materia di tutela dei consumatori specie all'interno della tutela collettiva risarcitoria, sia per la sua principale funzione di costituire un ulteriore strumento deflattivo del processo che si affianca alla tutela collettiva⁴²³, sia perché, insieme alla transazione, presenta una naturale vocazione alla definizione di controversie che coinvolgono macrointeressi e dinamiche non limitate né limitabili al solo processo individuale⁴²⁴.

D'altra parte, una delle lacune più evidenti dell'azione di classe è costituita proprio dall'assenza di una completa disciplina sulle transazioni e conciliazioni.

⁴²³ Naturalmente, i profili di economia processuale dell'azione di classe operano in modo diverso rispetto alla mediazione; quest'ultima ha la finalità di prevenire l'avvio –o la continuazione– di azioni giudiziarie; l'azione di classe, invece, persegue l'obiettivo di concentrare all'interno di un unico procedimento giurisdizionale una moltitudine di pretese individuali con conseguente riduzione del numero dei contenziosi.

⁴²⁴ Non a caso, negli ordinamenti giuridici che prevedono una *class action*, un numero elevato di controversie collettive vengono definite con accordi transattivi o conciliativi.

Si tratterà, allora, di verificare la reale portata innovativa della nuova disciplina e la possibilità di utilizzarne le previsioni per tentare di fornire ai soggetti coinvolti nel processo collettivo risarcitorio punti fermi nell'eventuale definizione stragiudiziale della lite.

2. L'azione collettiva risarcitoria e la fase conciliativa successiva alla sentenza nella pregressa versione dell'art. 140bis cod. consumo

Nel nostro ordinamento la tutela collettiva risarcitoria, sin dalla sua prima versione (mai entrata in vigore), ha conosciuto l'utilizzo di strumenti di definizione negoziale sia transattivi che conciliativi.

L'utilità di tali meccanismi stragiudiziali era stata già avvertita nel lungo *iter* parlamentare che ha preceduto l'introduzione del vecchio art. 140bis cod. consumo, con un disciplina diversa e, in taluni casi, più minuziosa di quella che ha, poi, regolamentato l'azione collettiva risarcitoria. Alcuni disegni di legge – in particolare il ddl n. 1495/C XV°

e persino l'emendamento⁴²⁵ da cui scaturì lo stesso art. 140bis cod. consumo – prevedevano la possibilità di sottoscrivere una conciliazione giudiziale, disponendo che *in relazione alle controversie di cui al comma 1, davanti al giudice può altresì essere sottoscritto dalle parti un accordo transattivo nella forma della conciliazione giudiziale.*

Molto articolato era, invece, il ddl n. 1330/C XV°, specie in tema di disciplina transattiva, prevedendo un intero articolo (art. 11), dedicato alle *transazioni in corso di causa*, che stabiliva al comma 1: *Qualora le parti raggiungano un accordo transattivo, lo stesso ha valore solo nel caso in cui esso venga approvato dalla maggioranza dei partecipanti alla votazione indetta al riguardo dal curatore amministrativo dell'azione collettiva*⁴²⁶, e disciplinando

⁴²⁵ Ad iniziativa degli On.li Manzione e Bordon.

⁴²⁶ Il progetto di legge n. 1330 è stato, senza dubbio, il testo presentato nella Commissione Giustizia della Camera dei deputati che si è caratterizzato per la maggiore completezza, componendosi di un meccanismo procedurale composito e articolato. Il disegno di legge, riproduceva quasi integralmente il meccanismo utilizzato dal legislatore americano per l'approvazione delle transazioni all'interno delle *class actions*. La vera novità del ddl n. 1330, quindi, oltre ad una estensione della legittimazione ad agire a ciascun soggetto danneggiato, era contenuta nella lett. c) comma 4 dell'art. 7 e dal successivo art. 8, i quali

un'apposita procedura di approvazione dell'accordo, con la partecipazione del curatore amministrativo il quale (comma 3), *nel caso in cui risultino istanze di partecipazione alla classe pendenti, le analizza prima di indire la votazione, e (comma 4) fornisce a tutti i partecipanti alla classe una comunicazione con l'illustrazione dell'accordo raggiunto fra le parti e le modalità per esprimere il proprio voto secondo le modalità indicate dal regolamento di cui all'articolo 17, nonché (comma 7) una volta acquisito il*

prevedevano, rispettivamente, la nomina e le funzioni del curatore amministrativo. Attraverso tale istituto, non solo si riprendeva una figura abituale del nostro ordinamento di comprovata sperimentazione ed esperienza nella ripartizione di somme a un elevato numero di creditori, tipico delle procedure concorsuali, ma si permetteva anche di ridurre possibili scontri tra il promotore e la classe affidando ad un soggetto terzo la gestione di fasi e attività di garanzia per la classe dei soggetti danneggiati. In particolare, ai sensi dell'art. 8, venivano assegnati al curatore amministrativo i seguenti compiti: a) tenere un elenco informatico di tutte le richieste di partecipazione alla classe ;b) indire, in caso di proposta transattiva da sottoporre al giudizio della classe, la votazione della stessa; c) procedere al riparto delle somme eventualmente ottenute dalla classe fra i partecipanti alla stessa in proporzione al danno da ciascuno documentato.

2. Una volta conclusa l'azione collettiva, con sentenza o con atto transattivo stragiudiziale, il curatore amministrativo, ai fini dell'esecuzione della sentenza o dell'atto transattivo, ha il potere di rappresentare la classe davanti all'autorità giudiziaria.[...]

4. Il curatore amministrativo deve fornire tutte le informazioni utili ai partecipanti alla classe affinché siano sempre informati sullo svolgimento del processo e sui propri diritti. Tali informazioni possono essere fornite anche attraverso dispositivi telematici.

voto favorevole dei partecipanti alla classe, il curatore amministrativo sottopone l'accordo medesimo al giudice il quale, previa verifica della sua meritevolezza, lo approva definitivamente e lo trasmette al collegio che emette sentenza nei termini stabiliti dall'accordo stesso.

Tutte le proposte di legge richiamate, quindi, si occupavano di eventuali accordi negoziali che intervenissero precedentemente alla sentenza collettiva. Il legislatore, però, nel corso dei lavori di approvazione del nuovo strumento di tutela risarcitorio, considerò la definizione negoziale della controversia collettiva anche con la finalità di agevolare la successiva fase di liquidazione individuale del danno in un momento successivo all'accertamento della responsabilità dell'impresa convenuta. In tal modo, e sempre nell'ottica deflattiva dei processi individuali, si offriva una soluzione al problema pratico della tutela collettiva risarcitoria di tradurre la responsabilità dell'impresa per l'illecito seriale da elemento generale in concreta riparazione dei danni individuali patiti dai singoli componenti della classe.

Ottenuta la condanna dell'impresa per i danni derivanti dall'illecito si sarebbero, così, evitati i numerosissimi giudizi individuali risarcitori di tutti coloro che lamentavano un concreto danno.

Nella precedente formulazione dell'art. 140*bis* cod. consumo, infatti, il legislatore aveva previsto esplicitamente una duplice via di completamento negoziale della tutela risarcitoria.

La prima, consisteva nella conclusione di accordi transattivi individuali su proposta dell'impresa soccombente. Come recitava il comma 4 dell'art. 140*bis* cod. consumo: nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa propone il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria. La proposta in qualsiasi forma accettata dal consumatore o utente costituisce titolo esecutivo.

Apparentemente, tale disposizione⁴²⁷ lasciava ampia

⁴²⁷ In dottrina si è rilevato che l'utilità di tale strumento avrebbe potuto probabilmente cogliersi nelle ipotesi in cui il Giudice con la sentenza che chiudeva la fase collettiva avesse indicato i criteri di liquidazione, ma non avesse, però, determinato la somma minima dovuta a ciascun consumatore o utente, si veda BUZZELLI P. in CONSOLO C., BUZZELLI P.,

possibilità all'impresa soccombente di proporre una definizione extragiudiziale⁴²⁸ della controversia che potesse essere estesa non solo agli aderenti l'azione collettiva, ma, altresì, a soggetti che non avessero preso parte al processo⁴²⁹, in linea con una delle possibili letture dell'efficacia della sentenza collettiva *secundum eventum litis*⁴³⁰.

Tuttavia, nonostante potrebbe sembrare limitativo ritenere che il legislatore abbia voluto far riferimento solo a chi avesse aderito o fosse intervenuto nel giudizio i commenti successivi all'introduzione del precedente istituto dell'art. 140 bis sono stati concordi⁴³¹ nell'escludere che tale proposta potesse estendersi al di là dei soggetti che avessero partecipato al giudizio collettivo, sul presupposto che

BONA M., *Obbiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, op. cit., p. 227.

⁴²⁸ Impedendo, così, l'avvio di azioni individuali -di completamento alla tutela collettiva- volte ad ottenere il risarcimento della singola pretesa.

⁴²⁹ Come si ricava dall'indicazione, contenuta nel comma 4, per cui la proposta poteva essere comunicata dall'impresa a *ciascun avente diritto*.

⁴³⁰ Tesi, questa, contestata in dottrina da CONSOLO C. in CONSOLO C., BUZZELLI P., BONA M., *Obbiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 209 ss.

⁴³¹ In tal senso GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis cod. cons.*, op. cit. 1243; CARRATTA A., *L'azione collettiva risarcitoria restitutoria, presupposti ed effetti*, op. cit., p. 742.

soltanto tali soggetti sono nominativamente individuati e, quindi, solo in tali casi il convenuto soccombente possa agevolmente presentare la propria proposta⁴³².

Questa interpretazione sembra, infatti, trascurare il fatto che l'accettazione della proposta non richiede una preventiva partecipazione formale al processo collettivo, in quanto forme di pubblicità pubblica dell'offerta, presentati dal convenuto, possono agevolmente superare tale scoglio. Il problema che, in realtà, in questo caso sarebbe sorto, consisteva nel valutare se e chi, dei non aderenti, avesse titolo per ottenere la somma offerta. Tuttavia, in dottrina, seppur non è stata esclusa la facoltà rimessa al comando soccombente di avanzare proposta transattiva aperta a qualsiasi consumatore utente, ciò non di meno si è ritenuto che tale possibilità non avrebbe autorizzato a ritenere che «l'accettazione della proposta da parte dei soggetti diversi da quelli contemplati dalla legge attribuisca alla stessa efficacia esecutiva, ai sensi del comma 4°»⁴³³.

⁴³² Si veda sul punto AMADEI D., op. cit.

⁴³³ RUFFINI G., op. cit., p. 722.

Nel caso, invece, in cui il convenuto soccombente non avesse presentato alcuna offerta, ovvero tale offerta non fosse stata accettata entro il termine di sessanta giorni dalla sua comunicazione⁴³⁴, il comma 6 prevedeva un diverso esito stragiudiziale⁴³⁵ della lite collettiva, disponendo che *il presidente del tribunale competente ai sensi del comma 1 costituisce un'unica camera di conciliazione per la determinazione delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o sono intervenuti ai sensi del comma 2 e che ne fanno domanda*⁴³⁶, ovvero, in alternativa, su

⁴³⁴ Termini che non avrebbero dovuto considerarsi perentori, potendo il convenuto, validamente, presentare l'offerta, e gli aventi diritto accettare la stessa, anche successivamente alla loro scadenza.

⁴³⁵ In tal senso BUZZELLI P. in CONSOLO C., BUZZELLI P., BONA M., *Obbiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 135, il quale esplicitamente affermava «siamo, infatti, in una fase prettamente stragiudiziale, non dovendo trarre in inganno il fatto che la camera di conciliazione è costituita, d'ufficio, *ope legis*, dal Presidente del Tribunale che ha emesso la sentenza».

⁴³⁶ Per il vero, il testo originario dell'emendamento che aveva dato il via all'azione collettiva risarcitoria prevedeva al comma 7: contestualmente alla pubblicazione della sentenza di condanna di cui al comma 4 ovvero della dichiarazione di esecutività del verbale di conciliazione, il giudice, per la determinazione degli importi da liquidare ai singoli consumatori o utenti, costituisce presso lo stesso tribunale apposita camera di conciliazione, composta in modo paritario dai difensori dei proponenti l'azione di gruppo e del convenuto, e nomina un conciliatore di provata esperienza professionale iscritto all'albo speciale per le giurisdizioni superiori, che la presiede. A tale camera di conciliazione tutti i cittadini interessati possono ricorrere singolarmente o tramite delega alle

*concorde richiesta del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta, dispone che la composizione non contenziosa abbia luogo presso uno degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni, operante presso il comune in cui ha sede il tribunale*⁴³⁷. La disciplina non prevedeva, quindi, alcun obbligo nell'avvio dell'una

associazioni di cui al comma 1. Essa definisce, con verbale sottoscritto dalle parti e dal presidente, i modi, i termini e l'ammontare per soddisfare i singoli consumatori o utenti nella loro potenziale pretesa. La sottoscrizione del verbale rende improcedibile l'azione dei singoli consumatori o utenti per il periodo di tempo stabilito dal verbale per l'esecuzione della prestazione dovuta. Tale ultima previsione si avvicinava a quanto previsto nel ddl n. 1495/C XV comma 5, che era stato lungamente esaminato nelle commissioni parlamentari e che sembrava essere destinato a divenire legge: a seguito della pubblicazione della sentenza di condanna di cui al comma 3 ovvero della dichiarazione di esecutività del verbale di conciliazione, le parti promuovono la composizione non contenziosa delle controversie azionabili da parte dei singoli consumatori o utenti presso la camera di conciliazione istituita presso il tribunale che ha pronunciato la sentenza. La camera di conciliazione è costituita dai difensori delle parti ed è presieduta da un conciliatore di provata esperienza professionale iscritto nell'albo speciale per le giurisdizioni superiori ed indicato dal consiglio dell'Ordine degli avvocati. Essa definisce, con verbale sottoscritto dalle parti e dal presidente, i modi, i termini e l'ammontare per soddisfare i singoli consumatori o utenti nella loro potenziale pretesa. La sottoscrizione del verbale, opportunamente pubblicizzata a cura e spese della parte convenuta nel precedente giudizio, rende improcedibile l'azione dei singoli consumatori o utenti per il periodo di tempo stabilito nel verbale per l'esecuzione della prestazione dovuta.

⁴³⁷ Solo il testo del ddl n. 1495/C XV prevedeva al comma 6 un meccanismo analogo, anche se non riferiva il potere di ricorrervi, alla concorde richiesta del promotore e impresa convenuta, facendo solo un riferimento generico alla richiesta delle parti.

ovvero dell'altra forma conciliativa⁴³⁸, nonché in ordine nell'accettazione della proposta, lasciando in tal senso del tutto liberi i partecipanti all'azione collettiva.

Così come formulata, la previsione normativa lasciava, però, qualche dubbio in ordine alla effettiva natura conciliativa da attribuire ai procedimenti richiamati, presentando, rispetto alla classica mediazione, caratteristiche peculiari. Si era, infatti, di fronte più a una mera fase di completamento della tutela dei diritti individuali che ad una mediazione, restando incerto se le parti dovessero accordarsi seguendo le modalità di una normale conciliazione⁴³⁹. In altre parole, la norma sembrava prevedere una decisione assunta dalla camera di conciliazione, più che ad un accordo conciliativo⁴⁴⁰.

⁴³⁸ Si trattava, quindi, di una forma facoltativa di definizione negoziale della controversia, come risultava dall'inciso contenuto nel comma 6, *consumatori e utenti [...] che ne fanno domanda*.

⁴³⁹ Si consideri, in tal senso, l'espressione utilizzata dal legislatore per cui la camera di conciliazione «determina» l'ammontare delle somme dovute. Inoltre, il comma 6 del precedente art. 140*bis*, prevedeva che *la camera di conciliazione quantifica, con verbale sottoscritto dal presidente, i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti*. Nessuna indicazione, invece, veniva fatta ad un eventuale accordo tra le parti.

⁴⁴⁰ Vedi AMADEI D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, op. cit.

D'altra parte, non si comprendeva bene, a quale modello di conciliazione si riferisse il meccanismo di cui al comma 6⁴⁴¹, non sembrando tradurre né il modello facilitativo⁴⁴², né il modello valutativo⁴⁴³. Come rilevato in dottrina⁴⁴⁴, la norma avvicinava la conciliazione ad un arbitrato obbligatorio⁴⁴⁵.

Nonostante le perplessità richiamate, in dottrina vi è stato anche chi ha sostenuto come, il procedimento disciplinato al comma 6, costituisse un vero tentativo di conciliazione, e

⁴⁴¹ Per una descrizione dei modelli di conciliazione e in particolare per quello previsto nell'ormai abrogato d.lgs. n. 5/2003 si veda CUOMO ULLOA F., *La nuova conciliazione giudiziale*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2004, n. 3, vol. 58, pag 1035 ss.

⁴⁴² I cui caratteri distintivi si incentrano nel fatto che il conciliatore si limita a facilitare il dialogo tra le parti per promuovere un accordo interamente definito dalle stesse.

⁴⁴³ Visto che, seppur in tale modello il conciliatore assume un ruolo direttivo maggiore, non avrebbe vincolato le parti con i suoi giudizi e valutazioni sulla lite.

⁴⁴⁴ In tal senso CONSOLO C., *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140bis e la class action consumeristica*, in Corr. Giur., 2009, n. 10, p. 1307.

⁴⁴⁵ Si è, ad esempio, rilevato come l'aver previsto che, a presiedere la camera di conciliazione, fosse un *avvocato nominato dal presidente del tribunale tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori* (art. 140bis comma 6), cioè non un soggetto che abbia esperienza di conciliazione, bensì un avvocato di lunga esperienza nell'attività contenziosa, è sembrato tradurre una immagine della fase in questione, più che come conciliazione vera e propria, come uno strumento che presentava i caratteri di un mezzo aggiudicativo, in tal senso BOVE M., *Class action: professionisti e consumatori meritano una legislazione più equilibrata*, op. cit., p. 12.

che si sarebbe concluso positivamente soltanto ove si fosse raggiunta l'unanimità fra le parti, perché a ritenere diversamente, cioè a ritenere possibile una conciliazione votata a maggioranza «significherebbe imporre incostituzionalmente al convenuto un arbitrato obbligatorio»⁴⁴⁶.

Allo scopo di realizzare una forma amichevole volta a prevenire le controversie individuali di completamento alla tutela collettiva veniva, quindi, previsto un articolato meccanismo, che presentava tra l'altro la peculiarità di esser posto, non a monte del procedimento collettivo, ma alla sua conclusione⁴⁴⁷, evitando aspetti problematici connessi alla eventuale incidenza della conciliazione sul procedimento collettivo.

⁴⁴⁶ BRIGUGLIO A., *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, op.cit.

⁴⁴⁷ A differenza del disegno di legge presentato dall'On. Buemi (n. 1662/XV) il quale, al comma,1 del previsto nuovo art. 141*bis* cod. consumo, utilizzava il procedimento conciliativo come meccanismo preventivo, prevedendo: *a pena di improcedibilità le relative domande giudiziali sono sottoposte a tentativo preventivo obbligatorio di conciliazione davanti ad uno degli organismi di conciliazione previsti dall'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni, iscritti nel registro istituito dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222; si applicano gli articoli 39 e 40 del citato decreto legislativo n. 5 del 2003, e successive modificazioni.*

Ciò, però, non avrebbe escluso la possibilità per le parti di definire un accordo conciliativo in qualunque momento del procedimento e anche nella fase precedente all'esperimento dell'azione.

Restavano, ancora, questioni aperte e non espressamente definite dalla precedente norma per la fase conciliativa, relativi, ad esempio, alla qualificazione del rapporto tra associazione⁴⁴⁸ e i singoli consumatori⁴⁴⁹.

Gli aspetti problematici della precedente versione dell'art. 140bis cod. consumo sono rimasti, però, privi di una concreta soluzione, non solo per i continui rinvii all'entrata

⁴⁴⁸ Occorre, infatti, ricordare che lo strumento dell'azione collettiva risarcitoria disciplinata dal precedente art. 140bis cod. consumo, attribuiva la legittimazione ad agire per richiedere l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti, non ai singoli soggetti danneggiati dall'illecito seriale, ma ad enti esponenziali, stabilendo al comma 1: *Le associazioni di cui al 1° comma dell'art. 139 e gli altri soggetti di cui al 2° comma del presente articolo sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti*, ed ancora al comma 2 che: *Sono legittimati ad agire ai sensi del 1° comma anche associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere*.

⁴⁴⁹ Si era, così, posto il problema se la semplice sottoscrizione del verbale di conciliazione da parte dell'avvocato indicato dall'associazione potesse determinare un'automatica estensione degli effetti *ex latere* consumatori, restando incerto nel silenzio della norma se l'associazione dei consumatori dovesse, al contrario, premunirsi di uno specifico mandato, ovvero se si fosse in tal modo prevista, in favore dell'associazione, una forma di attribuzione *ex lege* della rappresentanza sostanziale dei consumatori.

in vigore dell'istituto⁴⁵⁰, quanto perché superati dalla modifica della norma operata dall'art. 49 della legge 23 luglio 2009 n. 99⁴⁵¹.

⁴⁵⁰ La legge finanziaria del 2008, che ha introdotto il precedente art. 140*bis* cod. consumo, prevedeva che le disposizioni di cui ai commi da 445 a 449 (*rectius* l'azione collettiva risarcitoria) sarebbero divenute efficaci decorsi 180 giorni dalla data di entrata in vigore della legge, quindi a partire dal 1° luglio 2008. L'iniziale termine è stato però prorogato da due interventi legislativi successivi, che hanno modificato entrambi l'art. 2, co. 447, della Legge Finanziaria 2008: dapprima la legge n. 133/2008 (art. 36), con cui si prevedeva che l'azione collettiva sarebbe divenuta efficace "decorso un anno" dall'entrata in vigore della Finanziaria (1° gennaio 2009); in seguito la legge n. 14/2009 (art. 19), con cui si prevedeva che l'azione collettiva sarebbe divenuta efficace "decorsi diciotto mesi" dall'entrata in vigore della Finanziaria (1° luglio 2009).

⁴⁵¹ Occorre, però, rilevare che in dottrina (GIUSSANI A. - GITTI G., La conciliazione collettiva nell'art. 140*bis* c. cons., dalla L.n. 244 del 24 dicembre 2007 alla L.n. 99 del 23 luglio 2009, alla luce della disciplina transitoria, Futuro-Giustizia- Azione collettiva – Mediazione, Torino, 2010, p. 469 ss.) si è sostenuto come la precedente formulazione dell'art. 140*bis* cod. consumo continui a trovare applicazione per le fattispecie sostanziali che si siano perfezionate antecedentemente al 15 agosto 2009 (data di entrata in vigore della L. n. 99/2009) e che «i metodi di conciliazione collettiva configurati dalla prima versione dell'art. 140*bis* sono destinati ad acquisire efficacia dal gennaio del 2010», ult. op. cit., p. 471. Tale soluzione troverebbe fondamento nei principi che regolano la successione delle leggi nel tempo e nelle discipline transitorie a tal riguardo dettate dal legislatore per i due istituti di tutela collettiva, nonché nel limite costituzionale della ragionevolezza. In particolare, la circostanza che il legislatore della nuova azione di classe abbia utilizzato, al comma 2 dell'art. 49, l. n. 99/2009, la formula Le disposizioni dell'articolo 140-*bis* del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, si applicano agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge, comporterebbe, secondo gli Autori, la logica conclusione che per tutti gli illeciti commessi in precedenza continuerebbe ad applicarsi la disciplina precedente. La disposizione

3. La nuova azione di classe ed i rapporti con la disciplina sulla mediazione. La conciliazione obbligatoria

Nell'attuale versione dell'art. 140*bis* cod. consumo, che disciplina l'azione di classe, non compare alcun riferimento alla conciliazione. La lacuna, invero si accompagna ad una sostanziale disattenzione del legislatore nella previsione di una completa disciplina degli strumenti di definizione negoziale della controversia collettiva e degli effetti sull'azione esercitata.

Ed infatti, unica disposizione a tal riguardo dettata dal legislatore nel nuovo art. 140*bis* cod. consumo è il comma 15, il quale prevede a garanzia dei soggetti aderenti che *le*

transitoria contenuta nella legge n. 99/2009 assumerebbe, quindi, la funzione di «disposizione transitoria “di secondo grado”, tale cioè da distribuire l'efficacia delle due versioni dell'art. 140*bis* a seconda dell'epoca in cui si è perfezionata la fattispecie sostanziale dedotta in giudizio, così conservando alla data di entrata in vigore dell'art. 140*bis* (prima in ordine cronologico), l'effetto di stabilizzare la vigenza della disposizione ai fini della sua applicazione nel momento in cui se ne prevederà l'efficacia». D'altra parte, rilevano come «sembra doversi escludere che gli ampi volumi di contenzioso seriale sorti nel corso della presente decade possano restare del tutto sprovvisti di strumenti processuali idonei a permettere la definizione in via collettiva», cit., p. 475.

La soluzione offerta, tuttavia, non trova alcun riscontro nelle azioni sino ad ora proposte dalle associazioni dei consumatori.

rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito.

Con D.lgs. n. 28 del 2010 il legislatore, nel dettare la disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali⁴⁵², si è occupato

⁴⁵² Il procedimento di mediazione, disciplinato dal D.lgs. n. 28 del 2010, può avviarsi in relazione ad una qualunque controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili. La disciplina dettata dal legislatore si iscrive nella tipologia della mediazione facilitativa, in cui il conciliatore tenta di agevolare una soluzione tra le parti. Come recita, infatti, l'art. 8 del D.L.gs. n. 28 del 2010 il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia. L'art. 5 prevede una serie di materie per le quali l'avvio del procedimento di mediazione è obbligatorio e costituisce condizione di procedibilità del successivo giudizio. Accanto alla conciliazione obbligatoria, il legislatore ha previsto e disciplinato le due ulteriori ipotesi della conciliazione facoltativa, e della conciliazione giudiziale. Il procedimento si avvia con una domanda di parte depositata presso un organismo scelto tra quelli riconosciuti dal Ministero con indicazione dell'organismo, delle parti, dell'oggetto e delle ragioni della pretesa (art. 4). La parte che avvia il procedimento di mediazione è libera di presentare la domanda innanzi ad uno qualsiasi degli organismi presenti sul territorio della Repubblica. Il responsabile dell'organismo adito designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda, termine però non perentorio. È, altresì, previsto che l'intero procedimento non abbia durata superiore a quattro mesi dal deposito della domanda, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa, in caso di mediazione giudiziale (art. 6). La domanda andrà, poi, comunicata a cura sia dell'organismo di conciliazione – con modalità da specificare nel relativo regolamento di procedura – sia dalla parte interessata. Il procedimento si svolge senza formalità nella sede dell'organo adito. Nel caso in cui le parti della mediazione raggiungono un accordo amichevole il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo (art. 8); in caso contrario – ovvero nell'ipotesi in cui ne facciano concorde richiesta le parti – il mediatore formula una proposta di conciliazione, comunicata alle parti a cui le stesse devono far

anche di regolamentare alcuni aspetti del rapporto tra conciliazione e istituto dell'azione di classe, effettuando due espliciti rinvii all'art. 140**bis** cod consumo.

È stata, anzitutto esclusa la possibilità che l'avvio del preventivo procedimento conciliativo costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale ex art. 140**bis** cod. consumo. L'art. 5, dopo aver, infatti, indicato le materie per le quali chi intende agire in giudizio è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione, dispone, nell'ultima parte del comma 1, che la condizione di procedibilità *non si applica alle azioni previste dagli articoli 37, 140 e 140-bis del codice del consumo di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni.*

pervenire l'accettazione ovvero il proprio rifiuto. Nel caso in cui la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale – depositato presso l'organo di mediazione – con l'indicazione della proposta (art. 11). Ove il verbale di conciliazione non sia contrario a norme di ordine pubblico o a norme imperative è omologato, su richiesta di una delle parti, dal presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo (art. 12). Il verbale omologato costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Per una completa analisi della disciplina del D.lgs. n. 28 del 2010 si veda CALIFANO G. P., *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Napoli, 2010.

Non trova, di conseguenza, applicazione con riferimento all'art. 140*bis* la forma conciliativa obbligatoria estesa a numerosissime materie dall'art. 5 del D.Lgs n. 28 del 2010. Si tratta di una soluzione condivisibile.

Nelle intenzioni del legislatore delegato⁴⁵³ l'esclusione seguiva la constatazione che non fosse «concepibile una mediazione nell'azione di classe fino a quando quest'ultima non ha assunto i connotati che permetterebbero una mediazione allargata al maggior numero dei membri della collettività danneggiata, fino dunque alla scadenza del termine per le adesioni».

D'altra parte, il meccanismo della deflazione è in parte assicurato dalla stessa struttura dell'art. 140*bis* cod. consumo⁴⁵⁴.

⁴⁵³ Si veda in tal senso la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante «Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali», Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare Senato della Repubblica XVI Legislatura atto n. 150.

⁴⁵⁴ Come è stato rilevato in dottrina, l'azione di classe, cd. *class action*, organizza una reazione compatta nei confronti dell'illecito plurioffensivo dell'impresa ed esprime «un'efficacia di deterrenza nei confronti di quest'ultima che la reazione alla spicciolata dei consumatori [...] certamente non può avere», R. CAPONI, *Mediazioni delle controversie e giustizia civile statale: quale rapporto?*, lezione introduttiva al corso di perfezionamento in conciliazione come tecnica di composizione delle controversie, Firenze 24 febbraio 2010, su www.unifi.accademia.edu.it

Ed allora, perseguendo l'azione di classe una funzione di per se deflattiva avrebbe costituito probabilmente una soluzione eccessiva quella di subordinare la procedibilità del giudizio ex art. 140*bis* all'esperimento di un tentativo obbligatorio di mediazione⁴⁵⁵. È, infatti, dall'utilizzo della conciliazione – così come della transazione – all'interno dell'azione di classe che si garantisce la massima funzione deflattiva cui sono diretti tali istituti. Oltre a ciò, vi è la considerazione che all'interno del giudizio collettivo la figura dell'organo giudicante potrebbe consentire – ove fosse munito di poteri sugli accordi raggiunti che non sembrano, però, attribuiti dal testo del D.Lgs. n. 28 del 2010, né dall'art. 140*bis* cod. consumo – un controllo di garanzia per gli aderenti non prevedibile al di fuori del processo.

⁴⁵⁵ Nello stesso senso A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140 bis c. cons.*, Riv. Dir. Proc., 2010, n. 3, p. 612, il quale afferma che «configurare il tentativo di conciliazione stragiudiziale come condizione di procedibilità dell'esercizio dell'azione collettiva risarcitoria, o dell'adesione alla stessa, pregiudicherebbe le funzioni di economia processuale dell'istituto di cui all'art. 140*bis*».

3.1. La conciliazione facoltativa e giudiziale nel corso dell'azione di classe

Esclusa, quindi, l'applicabilità all'azione di classe della conciliazione obbligatoria, possono ritenersi applicabili le altre forme conciliative elaborate del legislatore delegato con D.lgs. n. 28 del 2010.

I soggetti coinvolti nell'azione di classe potranno, dunque, certamente proporre la domanda facoltativa di mediazione.

Inoltre, così come previsto dal D.Lgs. n. 28 del 2010 sarà possibile ricorrere al procedimento di mediazione avviato su indicazione del giudice, ai sensi dell'art. 5 comma 2⁴⁵⁶. Tale disposizione prevede, infatti, che il Giudice della causa può

⁴⁵⁶ Critico sulla scelta di consentire al giudice di invitare le parti al tentativo di conciliazione per le conseguenze che ne potrebbero derivare in tema di condanna alle spese del giudizio GIUSSANI A. *Il Nuovo art. 140 bis codice del consumo*, cit., p. 136, il quale rileva che «attribuire rilevanza ai fini della pronuncia sulle spese al rifiuto di offerte conciliative non meno favorevoli di quanto riconosciuto in sentenza è scarsamente compatibile con la scelta di escludere gli effetti nei confronti degli aderenti che non le accettino delle conciliazioni negoziate fra il proponente e il convenuto». Tuttavia, come rilevato dallo stesso A., l'art. 15 del D.lgs. n. 28 del 2010 estende gli effetti della conciliazione agli aderenti solo se questi vi consentano, con la conseguenza che non potrebbero gli aderenti subire condanne alle spese in conseguenza della mancata accettazione da parte del proponente della proposta conciliativa non meno favorevole della sentenza. Non avendo, infatti, preso parte alla mediazione questi ultimi non potrebbero subire nessun effetto negativo scaturente dalla fase conciliativa.

invitare le parti a procedere alla mediazione quando a ciò sia indotto da una valutazione che riguarda lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti, e soprattutto la natura della causa⁴⁵⁷.

Proprio nel valutare la natura della causa, il Giudice del procedimento ex art. 140*bis* cod. consumo potrebbe essere indotto, verosimilmente dopo la scadenza del termine per presentare le adesioni⁴⁵⁸, ad invitare ad una soluzione

⁴⁵⁷ Unico limite temporale a tale potere del giudice è dato dalla udienza di precisazione delle conclusioni, ovvero, ove questa non sia prevista nel rito utilizzato, dall'udienza di discussione termine oltre il quale non sarebbe possibile proporre il richiamato invito.

⁴⁵⁸ Ed infatti, riconosciuta dal D.lgs. n. 28/2010 la facoltà di invitare le parti ad avviare una mediazione, si tratterà di comprendere se il Giudice possa proporre tale invito prima della scadenza del termine per proporre le adesioni, ovvero se lo stesso possa essere indirizzato solamente agli attori e all'impresa convenuta, in una fase del giudizio in cui non vi sono ancora state adesioni. Dal punto di vista tecnico non sembrerebbero esservi preclusioni all'avvio del meccanismo conciliativo anche precedentemente alla proposizione di domande di adesione, e pur in assenza di adesioni. Tuttavia, la logica del meccanismo della mediazione nell'azione di classe sembrerebbe essere volta ad estendere la soluzione conciliativa ad una platea più ampia possibile di soggetti. Conferme, in tal senso, si potrebbero trarre sia dall'esclusione della conciliazione obbligatoria come condizione di procedibilità per l'avvio dell'azione ex art. 140*bis*, sia da quanto previsto con l'articolo 15 D.Lgs. n. 28 del 2010 (di cui si tratterà in modo più approfondito nei paragrafi successivi) che estende, a tutti gli aderenti che ne facciano espressa richiesta, l'accordo conciliativo intervenuto dopo la scadenza del termine per la presentazione delle adesioni. Alla luce di tale *ratio*, sarebbe certamente più opportuno e ragionevole che si tentasse una soluzione conciliativa della controversia collettiva potenzialmente in grado di estendersi alla maggioranza dei soggetti che affermano di esser stati lesi dalla condotta dell'impresa convenuta e, dunque, dopo la scadenza del termine per proporre le adesioni.

conciliativa della controversia, in questo giocando un ruolo non marginale la naturale vocazione dei procedimenti collettivi risarcitori ad essere definiti in via negoziale⁴⁵⁹.

A differenza delle ipotesi di conciliazione obbligatoria⁴⁶⁰, però, la mancata adesione di una delle parti alla domanda di

⁴⁵⁹ In tal caso, come continua il comma 2 dell'art. 5, ove le parti aderiscano all'invito, il Giudice fisserà la prossima udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6, e dunque non prima del decorso di quattro mesi, concedendo il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione, termine, però, che non deve considerarsi perentorio.

⁴⁶⁰ Ai sensi dell'art. 5 del D.lgs. n. 29 del 2010 l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Nel caso in cui il giudice rilevi che la mediazione non è stata esperita, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa una successiva udienza successiva al termine (di quattro mesi) per la conclusione del procedimento di mediazione. In ordine alle conseguenze del mancato esperimento del procedimento di mediazione può ritenersi che il giudice adito debba rigettare la domanda, accertando - nella seconda udienza - che nessuna delle parti ha avviato la procedura. Si tratta di una conclusione che, come ho avuto modo di rilevare in un recente contributo sul tema, «alla luce del valore e della funzione che il decreto legislativo sembra riconoscere alla fase di mediazione, appare, dal punto di vista sistematico, in sintonia con la ratio legis» SANTANGELI F., *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, su www.judicium.it). Nello stesso senso si veda, CALIFANO G. P., *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, cit., p. 59, il quale ha rilevato che «nella successiva udienza, pur se nel silenzio della legge, bisognerà poi effettivamente dichiarare la domanda improcedibile se le parti avranno inutilmente fatto scadere il termine senza aver proposto la domanda di mediazione. Mentre soluzione opposta ed in termini di convalida varrà quando si rilevi che, pur inutilmente decorso il termine (ordinatorio) dei quindici giorni, la domanda di mediazione è

mediazione – ovvero all’invito del giudice di avviare una conciliazione – non precluderebbe la prosecuzione dell’azione ex art. 140*bis* cod. consumo.

Ove, invece, il meccanismo conciliativo – facoltativo o su invito del Giudice – si avvii occorre ricostruire qual è la disciplina della mediazione che si svolge all’interno dell’azione di classe.

È opportuno iniziare l’analisi con l’esame dell’unica altra disposizione del D.Lgs. n. 28 del 2010 espressamente dettata dal legislatore – come emerge dalla sua rubrica – per regolare il rapporto tra mediazione e art. 140*bis* cod. consumo, e dunque dell’art. 15 del D.Lgs. n. 28 del 2010, che si occupa di regolare le conseguenze nei confronti degli aderenti in caso di conciliazione successiva alla scadenza del termine per proporre le adesioni.

3.2. Segue. *L’azione di classe e la posizione degli aderenti nel procedimento di mediazione*

stata poi effettivamente proposta ed il relativo procedimento si è comunque svolto».

Come è noto l'azione di classe, disciplinata dall'art. 140*bis* cod. consumo, è lo strumento di tutela collettiva risarcitoria a garanzia di una serie di diritti di consumatori e utenti danneggiati⁴⁶¹ da un illecito seriale posto in essere da un'impresa. L'azione si avvia con citazione proposta da qualunque componente della classe dei soggetti danneggiati – anche tramite associazioni dei consumatori a cui da mandato ovvero comitati cui partecipa – ed ha come conseguenza l'estensione dell'efficacia della pronuncia conclusiva del giudizio collettivo a tutti i soggetti che hanno aderito all'azione di classe⁴⁶².

⁴⁶¹ Ed, infatti, la tutela concessa dall'azione di classe è estesa unicamente, ai sensi del comma 2 dell'articolo 140 *bis*: a) ai diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di un'impresa in situazione identica, inclusi diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; b) e diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) ai diritti identici a ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

⁴⁶² Come recita il comma 14 dell'articolo 140 *bis*: la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti.

Il Giudice, ammessa l'azione di classe⁴⁶³, dispone con ordinanza le condizioni richieste per poter aderire al giudizio e fissa un termine entro il quale tutte le richieste di adesione dovranno pervenire⁴⁶⁴. Decorso tale termine verrà meno la possibilità di avviare un'altra azione di classe per gli stessi fatti e nei confronti della stessa impresa, nonché, per i soggetti aderenti, sarà preclusa la possibilità di far valere in via individuale la pretesa avanzata⁴⁶⁵.

L'elemento peculiare che caratterizza lo strumento processuale previsto dall'art. 140*bis* cod. consumo è, quindi, la possibilità per gli aderenti di partecipare agli esiti del giudizio collettivo risarcitorio, ed è proprio dalla posizione

⁴⁶³ La disciplina dell'azione di classe prevede una specifica fase processuale dedicata ad un giudizio di ammissibilità dell'azione. Perché possa mettersi l'azione di classe occorre, ai sensi del comma 6 dell'articolo 140 *bis*, che non sia manifestamente infondata, non sussista un conflitto di interessi, si ravvisi l'identità dei diritti tutelati ai sensi del comma due, nonché, il proponente appaia in grado di tutelare adeguatamente l'interesse della classe.

⁴⁶⁴ Ai sensi del comma 9 dell'articolo 140 *bis* cod. consumo.

⁴⁶⁵ Ai sensi del combinato disposto del comma 3, per il quale l'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15, e del comma 14, secondo cui non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9.

degli aderenti che sembra opportuno partire nell'analisi dei rapporti tra azione di classe e mediazione.

D'altra parte, lo stesso art. 15 del D.Lgs. n. 28 del 2010, prevede una regolamentazione della posizione degli aderenti, disponendo che *la conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito.*

L'interpretazione della norma impone, però, una precisazione. Il legislatore, infatti, sembra dettare una disciplina dei rapporti tra mediazione e aderenti con espresso riferimento solo al risultato della conciliazione già raggiunta tra attore e impresa, e non dunque attribuendo all'aderente la possibilità di partecipare al procedimento di mediazione. A

In altre parole, tale previsione attribuisce un vero e proprio diritto al soggetto aderente, il quale può fare propri gli esiti della conciliazione semplicemente manifestando una sua esplicita accettazione e, d'altra parte, vincola l'impresa

convenuta ad estendere l'accordo a tutti i soggetti aderenti che decidano di partecipare alla conciliazione già raggiunta.

L'impresa, infatti, ad una interpretazione letterale della disposizione, sarà obbligata ad estendere gli effetti anche a coloro tra gli aderenti che decidano di accettarne il contenuto della conciliazione.

Così intesa, la norma non sarebbe necessariamente un inutile doppione della previsione contenuta all'interno dell'art. 140*bis* cod. consumo, comma 15, secondo il quale le transazioni e le rinunce non pregiudicano i diritti degli aderenti che non le hanno accettate⁴⁶⁶. L'obiettivo della disposizione di cui all'art. 15 del D.lgs. n. 28 del 2010 sarebbe non solo quello di apprestare una forma di garanzia per gli aderenti⁴⁶⁷, al fine di evitare possibili abusi del

⁴⁶⁶ In tal senso, invece le considerazioni in ordine alla inutilità della norma espresse in sede di esame parlamentare (si veda la proposta alternativa di parere espressa dall'On. Capano, All. 2 seduta Commissione Giustizia Camera dei Deputati del 19 gennaio 2010, p. 56), nonché nel parere del Consiglio Superiore della Magistratura espresso con delibera del 04 febbraio 2010, ove è affermato che «la formulazione di tale disposizione è poco chiara; essa appare riprodurre in maniera meno leggibile l'art. 140*bis*, comma 15, D.lgs. n. 206/2005, con effetto di costituire una previsione superflua».

⁴⁶⁷ Garanzia che, come si dirà più avanti, sembrerebbe essere estesa solo all'ipotesi in cui la conciliazione intervenga nella fase successiva alla scadenza del termine per proporre l'adesione.

meccanismo negoziale di definizione della lite in assenza di forme di controllo giudiziale. Gli aderenti potrebbero, infatti, altresì, valutare la convenienza dell'accordo raggiunto tra proponente e impresa e decidere di accettarne gli esiti, con l'ulteriore potere di vincolare l'impresa a subire gli effetti delle decisioni dei singoli aderenti.

Ciò impone una riflessione sulle modalità con cui gli aderenti debbano essere posti a conoscenza del procedimento di mediazione e del suo esito. Se, infatti, la norma sembrerebbe porre un vincolo nei confronti dell'impresa di estendere gli effetti dell'accordo raggiunto a quanti tra gli aderenti volessero esprimere il consenso, è evidente che in tanto la classe degli aderenti potrà esercitare il diritto riconosciuto in quanto sia portata a conoscenza la conciliazione e il suo contenuto.

In tal senso, ferma la possibilità che le parti della conciliazione decidano di comune accordo le modalità di comunicazione⁴⁶⁸, ovvero che il regolamento dell'organismo

⁴⁶⁸ Comunicazione che, per altro, l'impresa potrebbe naturalmente decidere di estendere anche a terzi soggetti rimasti fuori dall'azione di classe, onde ampliare ulteriormente la platea dei soggetti interessati ed

di mediazione preveda apposite forme pubblicitarie, proprio in considerazione del diritto riconosciuto dal D.lgs. n. 28 del 2010⁴⁶⁹, sembrerebbe comunque opportuno un intervento dell'organo giudiziale. In assenza di una esplicita previsione normativa, potrebbe ragionevolmente ritenersi che il Giudice, a garanzia degli aderenti, portato a conoscenza della definizione della controversia tra impresa e attore, disponga con ordinanza particolari forme pubblicitarie a carico dell'impresa convenuta cui si riferisce di fatto il vincolo posto dall'art. 15 del decreto legislativo. D'altra parte, tale potere è espressamente sancito dall'art. 140*bis* cod. consumo che, al comma 11, dispone come il Giudice *onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti.*

Allo stesso modo, occorrerebbe valutare quali possano essere le modalità con cui gli aderenti che fossero interessati, possano far pervenire all'impresa convenuta il proprio consenso a profittare degli effetti dell'accordo

evitare così l'avvio di ulteriori giudizi individuali.

⁴⁶⁹ Attribuendone, in tal senso, il potere di scelta del mezzo di comunicazione ritenuto idoneo al mediatore della controversia.

conciliativo. La disposizione dell'art. 15 D.Lgs. n. 28 del 2010, prevede, infatti, che gli aderenti debbano espressamente consentire alla conciliazione. La scelta del legislatore è, dunque, in linea con il meccanismo di partecipazione prescelto all'azione di classe, cd. *opt-in*, escludendo forme automatiche di estensione degli effetti della conciliazione pure previsti in altri ordinamenti⁴⁷⁰.

Naturalmente, tutte le forme di manifestazione espressa del consenso potrebbero essere utilizzate dagli aderenti. Nel caso in cui, però, si riterrà possibile da parte del Giudice utilizzare quanto previsto dal comma 11 dell'art. 140bis cod. consumo, per comunicare agli aderenti l'accordo conciliativo, potrà, altresì, ragionevolmente ammettersi che il giudice indichi anche le modalità con cui gli aderenti debbano esprimere il proprio consenso a profittare del risultato dell'accordo.

⁴⁷⁰ Si pensi all'istituto della *Wek collectieve afwikkeling massaschade* olandese che ha riscosso grande successo e che prevede l'estensione automatica degli effetti della conciliazione collettiva nei confronti di tutti gli interessati che non recedano dal procedimento, come indicato da GITTI G., GIUSSANI A., *La conciliazione collettiva nell'art. 140bis c. cons., dalla L.n. 244 del 24 dicembre 2007 alla L.n. 99 del 23 luglio 2009, alla luce della disciplina transitoria*, cit., p.639, nt. n. 1.

Inoltre, per gli aderenti non sembrano porsi ostacoli alla autonoma scelta di accettare preventivamente l'accordo cui potrebbero addivenire l'impresa convenuta e l'attore. L'aderente, in altre parole, ben potrebbe all'atto dell'adesione conferire un apposito mandato alla conciliazione della causa, accettando preventivamente, quindi, l'esito dell'accordo cui giungeranno l'impresa e l'attore⁴⁷¹. In tal caso, non sarebbe necessaria l'espressione di un esplicito consenso come richiesto dall'art. 15 D.Lgs. n. 28 del 2010, poiché l'estensione degli effetti dell'accordo si produrrebbe automaticamente come conseguenza della rappresentanza sostanziale conferita⁴⁷².

⁴⁷¹ Per il vero, in dottrina, con specifico riferimento al meccanismo della transazione, dopo l'introduzione del nuovo testo dell'art. 140bis si era ritenuto necessario, da parte dei singoli aderenti, il conferimento di uno specifico mandato al proponente ai fini di definire transattivamente l'azione di classe, restando semmai incerto se tale procura dovesse essere conferita *ab origine* ovvero dopo l'esame della proposta; in tal senso CONSOLO C., *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140bis e la class action consumeristica*, cit., n. 10, p. 1306.

⁴⁷² In dottrina, era stata avanzata una proposta di modifica dell'art. 140bis cod. consumo che fosse diretta ad «ammettere esplicitamente che il proponente l'azione collettiva possa conciliare le pretese degli aderenti» G. GITTI- A. GIUSSANI, *La conciliazione collettiva nell'art. 140bis c. cons., dalla L.n. 244 del 24 dicembre 2007 alla L.n. 99 del 23 luglio 2009, alla luce della disciplina transitoria*, cit., p. 640.

3.3. *Segue. L'impresa convenuta e la necessità di un'interpretazione efficace della disciplina del D.lgs. n. 28 del 2010*

Al fine, però, di rendere concretamente applicabile lo strumento conciliativo nella fase successiva alla scadenza del termine per proporre le adesioni, sembra opportuno utilizzare una interpretazione maggiormente efficace del meccanismo previsto dall'art. 15 del D.lgs. n. 28 del 2010. Tale norma andrebbe letta in modo tale da consentire alle parti dell'accordo la possibilità di demandare ad un soggetto terzo la scelta dei titolari di pretese a cui estendere l'esito della conciliazione.

L'analisi della disciplina dettata dall'art. 15 del D.lgs. n. 28 del 2010 è stata, infatti, sino ad ora, volutamente effettuata utilizzando l'angolo di visuale di uno solo dei protagonisti dell'azione di classe. Deve valutarsi positivamente la scelta del legislatore di ampliare le garanzie riconosciute ai soggetti aderenti che nell'attuale formulazione dell'istituto

presentano poche possibilità di incidere sul corso della procedura, assumendo le vesti di “convitati di pietra”⁴⁷³.

Occorre spostare l’attenzione, però, anche sulla posizione dell’impresa convenuta a fronte dell’obbligo di estendere l’esito dell’accordo conciliativo, intervenuto dopo la scadenza del termine per le adesioni, a tutti gli aderenti che ne facciano richiesta.

Può apparire ragionevole, infatti, tutelare i soggetti aderenti contro gli abusi che potrebbero derivare da un’eventuale accordo conciliativo parziale, in grado di precludere un’ulteriore esercizio dell’azione di classe agli aderenti che ne fossero esclusi. La ragionevolezza di tale soluzione è, però, subordinata alla circostanza che sussistano quelle condizioni in grado di non pregiudicare eccessivamente l’impresa convenuta, disincentivando l’utilizzo dello strumento conciliativo.

L’obbligo che sembra discendere dall’articolo 15 del decreto legislativo n. 28 del 2010, rischia di produrre esiti

⁴⁷³ Il riferimento è allo scritto inedito di CANALE G., *Il convitato di pietra ovvero l’aderente nell’azione di classe*, cit.

iniqui tenuto conto della non perfetta formulazione dell'istituto dell'azione di classe.

Il procedimento ex art. 140 *bis* cod. consumo non prevede, infatti, alcuna fase espressamente dedicata alla valutazione della fondatezza, completezza ed ammissibilità delle adesioni proposte. Tale valutazione sarà, quindi, verosimilmente effettuata dal Giudice esclusivamente nel momento in cui pronuncia la sentenza conclusiva del giudizio collettivo⁴⁷⁴.

Decorso il termine per proporre le adesioni, quindi, l'impresa che volesse conciliare con l'attore si troverebbe costretta ad estendere tale accordo conciliativo a tutti gli aderenti che ne facessero richiesta, e ciò senza alcuna distinzione tra pretese fondate ovvero infondate.

Per fare un concreto esempio, potrebbe utilizzarsi un caso di strettissima attualità: con ordinanza del 20 Dicembre 2010 il Tribunale di Milano ha ammesso la prima azione di classe italiana, avviata è da un'associazione dei consumatori – su

⁴⁷⁴ Si veda nello stesso senso CANALE G., ult. op. cit.

mandato di un componente della classe – contro un importante società che si è occupata della pubblicizzazione, commercializzazione e distribuzione di un test la cui funzione era rivolta a rilevare nel corpo umano la presenza di un virus influenzale. L’associazione sostiene che tale prodotto ha recato danno agli acquirenti a causa della presenza di caratteristiche diverse da quelle pubblicizzate⁴⁷⁵. Il Tribunale ha, in particolare, autorizzato l’adesione all’azione di classe da parte di tutti consumatori che abbiano acquistato il prodotto⁴⁷⁶ è che siano in grado di offrire prova di tale circostanza. Ciò indurrebbe a ritenere che quei consumatori che si trovino in possesso di scontrino fiscale

⁴⁷⁵ Si tratta della nota vicenda che vede contrapposte il Codacons e la Voden Medical Instrument S.p.a. in relazione ai presunti danni patiti dai consumatori acquirenti del prodotto “EGO TEST FLU”. La decisione della VIII° sezione del Tribunale di Milano offre spunti di analisi interessanti, sia per le scelte processuali utilizzate, sia per le soluzioni interpretative fornite in relazione al nuovo istituto dell’azione di classe. L’oggetto del presente lavoro, però, impone di rinviare una completa disamina delle conseguenze che discendono dal primo provvedimento di ammissione dell’azione di classe all’interno del nostro ordinamento.

⁴⁷⁶ Il provvedimento del Tribunale di Milano richiede altresì che i consumatori che possano aderire sono quelli che hanno acquistato il prodotto «sulla base delle indicazioni fornite dal foglio illustrativo». Pur non essendo questa la sede, tale specificazione non sembra essere chiara. Non si comprende, infatti, se il consumatore dovrà fornire la prova (e ci si chiede in tal caso come possa assolvere a tale onere) di aver acquistato il prodotto a seguito della lettura del foglio informativo.

attestante l'avvenuto acquisto del test possano presentare le domande di adesione.

Tuttavia, è sempre possibile che vengano proposte domande di adesione da parte di soggetti che non hanno titolo per ottenere un risarcimento del danno⁴⁷⁷.

Potrebbe, di conseguenza, accadere che su un numero ipotetico di 100.000 adesioni, solo 30.000 siano corredate da scontrino fiscale attestante la prova d'acquisto.

In tali circostanze, ove l'impresa convenuta – scaduto il termine per proporre le adesioni – decidesse di conciliare la controversia con l'associazione attrice (in rappresentanza del consumatore mandante), attribuendo, ad esempio, a questi un rimborso unitario di € 100, si troverebbe costretta ad estendere l'accordo raggiunto anche a coloro tra i 70.000 aderenti, che, pur non allegando alcun elemento probatorio a supporto della propria domanda di adesione, facessero

⁴⁷⁷ La peculiare struttura dell'azione di classe, infatti, con la possibilità riconosciuta agli aderenti di non sostenere alcuna spesa processuale, la circostanza che l'art. 140*bis* cod. consumo non preveda alcun obbligo di assistenza legale per gli aderenti, unitamente all'assenza di un'apposita fase – immediatamente successiva alla presentazione delle adesioni – in cui valutare la fondatezza delle domande proposte, potrebbe portare all'attivazione di pretese infondate, ovvero non supportate da quegli elementi probatori in grado di sostenerne l'accoglimento.

richiesta espressa di partecipazione all'accordo raggiunto, con conseguente aggravio di costi a carico dell'impresa convenuta⁴⁷⁸.

È sempre possibile che l'impresa convenuta decida di estendere volontariamente l'accordo conciliativo a tutti coloro che hanno presentato le adesioni. Tuttavia, è altrettanto evidente che l'impresa potrebbe avere tutto l'interesse a chiudere un accordo conciliativo solo con quei soggetti le cui pretese ritenga fondate. In caso contrario, verrebbe meno la forza incentivante della conciliazione.

L'obbligo di estendere a tutti gli aderenti che ne facciano richiesta l'accordo conciliativo, in assenza di una immediata verifica delle adesioni proposte, rischia, quindi, di fare dell'articolo 15 del decreto legislativo n. 28 del 2010, un ostacolo alla definizione negoziale della controversia collettiva risarcitoria.

La norma, infatti, appare estremamente chiara.

⁴⁷⁸ L'impresa, in caso di espressa partecipazione di tutti i soggetti aderenti, si troverebbe, così, esposta a pagare la somma aggiuntiva di € 7.000.000,00 rispetto a un accordo conciliativo che fosse, invece, concluso con coloro la cui pretesa fosse sostenuta da elementi probatori.

Sarebbe certamente opportuno un intervento legislativo volto a correggere i potenziali effetti pregiudizievoli che potessero derivare da una lettura rigida della disposizione a carico dell'impresa convenuta.

In assenza di tale scelta normativa occorre, però, valutare se vi è la possibilità di una diversa lettura che renda applicabile – nella fase successiva alla scadenza del termine per proporre le adesioni – l'istituto della conciliazione all'interno dell'azione di classe.

Potrebbero in tal senso aiutare l'interprete le soluzioni adottate da altri ordinamenti in casi analoghi.

Negli Stati Uniti, ad esempio, si predilige una soluzione di tipo “amministrativo” nella concreta gestione delle transazioni intervenute all'interno delle *class actions*.

In molti accordi transattivi è prevista l'attribuzione ad un soggetto terzo⁴⁷⁹ della cura dell'esecuzione degli accordi transattivi, c.d. *Claims Administrator*⁴⁸⁰, in taluni casi scelto

⁴⁷⁹ Senza certamente dimenticare il ruolo del Giudice di cui si parlerà in modo più ampio nel paragrafo 3.7.

⁴⁸⁰ Si pensi alle transazioni intervenute all'interno della *security class action In re Parmalat Securities Litigation*, No. 04 Civ. 0030 (LAK) (S.D.N.Y.) avviata da migliaia di risparmiatori presso il distretto sud

dall'avvocato della classe ed approvato dalla Corte, in altri casi scelto di comune accordo tra società convenuta e avvocato della classe, ovvero rimesso alla scelta del giudice da un elenco di soggetti individuati dalle due parti⁴⁸¹.

A tale soggetto viene affidata la concreta ripartizione delle somme oggetto della transazione, in relazione un piano di distribuzione sottoposto all'approvazione giudiziale e predisposto dall'avvocato della classe. In particolare, al *Claims Administrator*, viene spesso affidato il compito di gestire la notificazione dell'accordo transattivo a tutti i componenti della classe, nonché l'individuazione, tra i soggetti che presentano le domande di partecipazione alla transazione, di coloro che possono ritenersi autorizzati a

della Corte di New York. In particolare tra queste, la *stipulation and agreement of settlement* sottoscritta da Parmalat S.p.a. in data 01 Marzo 2008 o la transazione sottoscritta in data 15 febbraio 2007 dalla Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. ed il Credit Suisse Group approvata definitivamente con *order* del Giudice A. Kaplan il 15 Luglio 2007, o, ancora, l'accordo sottoscritto dai convenuti Grant Thornton International del 15 settembre 2009, rinvenibili al sito su www.parmalatsettlement.com.

⁴⁸¹ In tal senso, si veda la transazione intervenuta tra la società Microsoft Corporation e la California Class, all'interno della *class action* avviata presso la Corte Suprema della California, distretto di San Francisco, con cui si accusava la vulnerabilità ai virus dei software del colosso informatico che avrebbe causato il rischio di "malfunzionamenti massicci e a cascata" nelle reti globali di computer. Il testo dell'accordo transattivo è disponibile su www.microsoftcalsettlement.com.

partecipare all'accordo. Le domande di partecipazione alla transazione da parte dei singoli componenti della classe sono, quindi, inviate al *Claims Administrator* unitamente a tutti gli elementi di prova indicati dall'avvocato della classe. L'amministratore della transazione valuterà le singole domande ed ammetterà quelle che ritenga complete e fondate.

Come è agevole rilevare, la transazione collettiva nelle *class actions* è strutturata in modo tale da impedire che l'impresa possa venire danneggiata dalla partecipazione alla transazione di soggetti estranei alla classe⁴⁸². La ragione risiede nel fatto che l'impresa convenuta pattuisce una somma complessiva oggetto dell'accordo transattivo che andrà distribuita⁴⁸³ alla classe come individuata all'esito della valutazione del *Claims Administrator*. Ove la somma

⁴⁸² È, infatti, interesse della classe - ed in particolare dell'avvocato difensore della classe, c.d. *Lead Counsel*, vero motore dell'intera procedura - impedire che soggetti le cui pretese siano infondate partecipino agli esiti della transazione.

⁴⁸³ Dopo aver detratto le somme dovute a titolo di compensi e spese dell'attività difensiva e delle tasse.

da distribuire fosse insufficiente a soddisfare tutta la classe, la ripartizione avverrà in modo proporzionale⁴⁸⁴.

L'accordo conciliativo nell'azione di classe ex art. 140bis cod. consumo, invece, un mantiene sempre le caratteristiche di accordo individuale sottoscritto dall'impresa con il singolo soggetto danneggiato. Non è previsto un meccanismo di rappresentanza automatica attribuita all'attore per cui questi possa accordarsi per il pagamento una somma complessiva, da parte dell'impresa convenuta, da distribuire all'intera classe degli aderenti. L'impresa convenuta che voglia conciliare la causa si accorderà per il pagamento di una somma individuale⁴⁸⁵ a ristoro della pretesa del singolo.

⁴⁸⁴ Occorre, però, rilevare difficilmente si avranno ipotesi di transazioni realizzate all'interno delle *class actions* in cui la maggioranza dei membri della classe decidano di autoescludersi dall'accordo raggiunto. Come rilevato da CONSOLO C., *La transazione dell'azione collettiva: difetti dei pregi del sistema dello «opt-in » adottato anche in ottica di analisi economica*, An. Giur. Ec., 2008, n. 1, p. 186, negli Stati Uniti la percentuale di componenti della classe disinteressati all'accordo transattivo raggiunto -anche nel caso in cui questo consista nella distribuzione di *coupons*- si aggira intorno al 2% dell'intera classe, in ciò agevolata dal peculiare meccanismo dell'*opt-out*.

⁴⁸⁵ Ovvero, anche una soluzione diversa che preveda l'attribuzione di *vouchers* o *coupons* ai soggetti danneggiati.

Ove sia previsto un obbligo di estensione dell'accordo raggiunto, così come previsto dall'art. 15 del D.Lgs. n. 28 del 2010, la somma pattuita tra impresa e singolo danneggiato dovrà, quindi, moltiplicarsi per ogni singolo aderente che ne faccia espressa richiesta.

Nonostante le significative differenze che sussistono in tema di accordi negoziali tra la *class action* americana e l'azione di classe disciplinata dal nostro articolo 140bis del codice del consumo, non pare possa escludersi un utilizzo di alcune soluzioni utilizzate nelle *settlements class actions*, e già sostenute nell'iter normativo che ha condotto all'introduzione della tutela collettiva risarcitoria⁴⁸⁶, al fine di correggere le conseguenze pregiudizievoli che possono derivare all'interno dell'azione di classe italiana dalla rigida applicazione dell'art. 15 del D.Lgs. n. 28 del 2010.

⁴⁸⁶ Si ricorda, infatti, che il ddl n. 1330/C XV° prevedeva la riproduzione all'interno del nostro ordinamento di un meccanismo di transazione sostanzialmente identico alla disciplina delle transazioni utilizzate nell'ordinamento americano per le *class actions*. Per una più ampia illustrazione del suddetto progetto di legge si rinvia a quanto scritto nel paragrafo n. 2.

Come già anticipato, quindi, anche all'interno dell'articolo 140*bis* del codice del consumo si potrebbe ipotizzare un accordo conciliativo il cui contenuto preveda l'attribuzione ad un soggetto terzo del compito di individuare – in base a requisiti scelti dai concilianti – coloro che, tra i proponenti e gli aderenti, abbiano effettivamente titolo per partecipare all'accordo.

D'altra parte il D.lgs. n. 28 del 2010 non pone alcun limite contenutistico alla conciliazione. La disciplina dettata dal legislatore delegato in tema di conciliazioni delle controversie civili e commerciali si occupa solo di disciplinarne il procedimento, gli obblighi informativi e, in generale, la struttura della mediazione. Le parti sono libere nel definire il contenuto della conciliazione⁴⁸⁷, non

⁴⁸⁷ Per completezza, al fine di illustrare la disciplina dettata dal legislatore nei rapporti tra mediazione azioni di classe occorre fare cenno al quanto previsto dall'art. 7 del regolamento attuativo al D.Lgs. n. 28 del 2010, dettato con Decreto del Ministero della Giustizia n. 180 del 18.10.2010. Tale norma riferendosi al regolamento di procedura, che ciascun organismo può prevedere prevede al comma 2 lett. a) la possibilità di avvalersi delle strutture, del personale e dei mediatori di altri organismi con i quali abbia raggiunto a tal fine un accordo, anche per singoli affari di mediazione, nonché di utilizzare i risultati delle negoziazioni paritetiche basate su protocolli di intesa tra le associazioni riconosciute ai sensi dell'articolo 137 del Codice del Consumo e le imprese, o loro associazioni, e aventi per oggetto la medesima controversia.

essendovi limiti alla loro autonomia negoziale, ovvero alla proposta di conciliazione che può formulare il mediatore, ai sensi dell'art. 11, comma 1, del D.Lgs. n. 28 del 2010⁴⁸⁸.

Di conseguenza, l'estensione degli effetti della mediazione per gli aderenti – così interpretato l'obbligo di cui all'art. 15

Tale previsione, inserita anche sulla spinta delle richieste delle associazioni dei consumatori, è diretta ad attribuire rilevanza di precedente utilizzabile dall'organismo di conciliazione e relativo ai procedimenti conciliativi, cd. paritetici, realizzati nei vari settori delle telecomunicazioni, del settore bancario, dei servizi postali, dell'energia e dei trasporti, ed è volta quindi a valorizzare l'esperienza in materia di conciliazione di controversie di consumo maturata dalle maggiori imprese italiane in collaborazione con le associazioni dei consumatori, quale utile strumento di indirizzo della mediazione.

In conseguenza, sia il mediatore nella formulazione della proposta conciliativa, sia le parti di comune accordo potranno utilizzare il risultato di pregresse conciliazioni relative a medesime controversie come parametro valutativo da utilizzare per presentare eventuali proposte conciliative sia delle parti che del mediatore.

D'altra parte, anche nelle ipotesi in cui l'organismo di conciliazione non contenesse nel proprio regolamento tale possibilità, non sembrerebbe precluso - sia al mediatore che alle parti- la possibilità di utilizzare esiti di altri accordi transattivi che avessero ad oggetto la medesima controversia. Il procedimento di mediazione lascia alle parti la più ampia facoltà di determinare il contenuto dell'accordo anche mediante apporti esterni che si ritenesse di utilizzare. Né potrebbero porsi ostacoli a che il mediatore nella formulazione della proposta di mediazione ex art. 11 comma 1 D.Lgs. n. 28/2010 possa utilizzare anche il contenuto delle negoziazioni paritetiche già intervenute sulla medesima controversia, fermo restando che la proposta così formulata, dovrà in ogni caso esser sottoposta all'approvazione sia dell'impresa, che dei proponenti e dei componenti della classe. In tal senso, l'attività del mediatore si distacca nettamente da quella del giudice quanto all'utilizzo della cd. scienza privata. Non potrebbero, infatti, in alcun modo valere in fase di conciliazione gli stessi limiti posti al giudice dall'art. 115 c.p.c. comma 1, a tutto vantaggio di una agevole definizione della vicenda.

⁴⁸⁸ Il quale dispone che quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento.

del D.lgs n. 28 del 2010 – non significherebbe profittare della prestazione dedotta nell'accordo conciliativo, ma sottoporsi al vaglio di un soggetto terzo per riscontrare la sussistenza di quei requisiti in grado di garantirne la partecipazione.

Gli aderenti, così, avrebbero la possibilità di partecipare all'accordo conciliativo, mentre l'impresa convenuta potrebbe evitare di estendere lo stesso a soggetti le cui pretese fossero infondate.

Mancherebbe, però, un meccanismo predefinito che disciplini l'eventuale impugnazione della decisione di esclusione dell'aderente. Sarebbe certamente possibile che le parti prevedano nell'accordo conciliativo un doppio grado di decisione.

Si tratterà, in caso contrario, di valutare se residuino nell'ordinamento strumenti di impugnazione da applicare anche analogicamente, ovvero se l'aderente non abbia alcun rimedio contro la propria esclusione.

L'ordinamento americano, ad esempio, attribuisce al Giudice della *class action* la competenza sui reclami avverso le decisioni di esclusione del *Claims Administrator*⁴⁸⁹.

Si potrebbe, allora, in assenza di espressa disciplina da parte del legislatore ipotizzare l'utilizzo di soluzioni analoghe a quelle previste per l'impugnazione in caso di arbitraggio⁴⁹⁰, ovvero di arbitrato irrituale⁴⁹¹. Ed allora⁴⁹², nel caso in cui si

⁴⁸⁹ Sia nella transazione sottoscritta da Parmalat S.p.a. in data 01 Marzo 2008 ed in quella sottoscritta in data 15 febbraio 2007 dalla Banca Nazionale del Lavoro s.p.a. ed il Credit Suisse Group all'interno della *class action* contro Parmalat S.p.a., sia nell'accordo transattivo della *class action* contro Microsoft Corporation avviata presso la Suprema Corte della California, era prevista la competenza del Giudice della *class actions* a decidere sui reclami presentati dai soggetti esclusi dall'accordo transattivo su decisione del *Claims Administrator*.

⁴⁹⁰ Nell'arbitraggio, ai sensi dell'articolo 1349, comma 1, c.c., le parti attribuiscono ad un terzo l'incarico di determinare il contenuto di un contratto già concluso ma non completo, in tal modo integrando e formando il contenuto del negozio stesso. Per una più puntuale illustrazione della disciplina dell'arbitraggio e della differenza rispetto all'arbitrato irrituale si veda tra gli altri CONTINO E., *Arbitrato, arbitraggio, transazione contratto preliminare*, in Giust. civ., 1995, 12, p. 3027 ss.

⁴⁹¹ Nel caso di arbitrato irrituale, gli arbitri risolvono in via negoziale una controversia insorta tra le parti in ordine all'interpretazione all'esecuzione di un contratto per altro verso già definito in ogni aspetto, traducendosi il lodo nella volontà delle parti per una soluzione transattiva della controversia.

⁴⁹² Non è questa la sede per ricondurre il rimedio interpretativo ideato per la mediazione nell'azione di classe all'interno della figura dell'arbitraggio, ovvero dell'arbitrato irrituale. La riflessione riguarda, infatti, l'esistenza di meccanismi di impugnazione della decisione di esclusione dell'aderente, da estendere in via analogica alla conciliazione nell'azione di classe nei casi di cui all'art. 15 del D.Lgs. n. 28 del 2010.

riconduca la decisione del terzo alla disciplina dell'arbitraggio con equo apprezzamento, l'aderente potrebbe impugnare l'esclusione davanti al giudice per vizi attinenti alla determinazione manifestamente iniqua o erronea; al contrario, ove si ritenga più vicino l'istituto dell'arbitraggio irrituale, troverebbero applicazione le disposizioni del codice di procedura civile espressamente dettate per l'impugnazione del lodo arbitrale irrituale per vizi del procedimento⁴⁹³, nonché i criteri generali di impugnazione dei lodi arbitrali irrituali per vizi di volontà⁴⁹⁴.

⁴⁹³ La disciplina dell'articolo 808^{ter} c.p.c., dettata espressamente per l'arbitrato irrituale, prevede, al comma 2, l'annullabilità da parte del giudice competente del lodo contrattuale per i seguenti motivi: 1) se la convenzione dell'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale; 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale; 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812; 4) se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo; 5) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio.

⁴⁹⁴La Cassazione esclude, infatti, ogni sindacato in tema di iniquità della pronuncia dell'arbitro irrituale, salvo il caso in cui non si provi che l'iniquità sia frutto di dolo in danno di una parte (Cassazione, 28 ottobre 1986, n. 6311; Cassazione, 25 giugno 1983, n. 4364). Quanto all'errore in cui sia incorso l'arbitro, mentre si esclude la rilevanza dell'eventuale errore di diritto (Cassazione, 20 marzo 1974, n. 770), si ammette l'impugnazione per errore di fatto soltanto se si riferisca al travisamento di circostanze la cui rappresentazione sia stata concordemente operata dalle parti (Cassazione, 26 gennaio 1988, n. 664).

3.4. Le altre lacune nei rapporti tra mediazione e azione di classe. La conciliazione precedente alla scadenza del termine per le adesioni

Risolta in via interpretativa la lacuna principale dell'articolo 15 del D.Lgs. n. 28 del 2010, in ordine ai rapporti tra mediazione e azione di classe, residuano altri aspetti non regolamentati dalla nuova disciplina sulla mediazione. Si tratta di aspetti per la verità meno importanti, ma che, tuttavia, necessitano di una soluzione.

Occorre, anzitutto, esaminare la possibilità che il diritto, attribuito all'aderente, di ottenere l'estensione degli esiti dell'accordo conciliativo sia esercitabile in qualsiasi momento dell'azione di classe o no.

In altre parole, occorre chiedersi se sia possibile applicare la disciplina dell'art. 15 del D.Lgs. n. 28 del 2010, dopo l'avvio di un'azione di classe e nella specifica fase temporale pendente tra il provvedimento di ammissione dell'azione e la scadenza del termine per proporre le adesioni. Il Giudice, in tale fase, ha già ammesso l'azione di

classe ed ha fornito agli aderenti le indicazioni necessarie per presentare domanda di adesione, con provvedimento opportunamente pubblicizzato dall'attore. Si possono, quindi, avere molteplici domande di adesione e si potrebbe ipotizzare che in tale fase attore e impresa convenuta stipulino l'accordo conciliativo.

La risposta all'interrogativo sembra essere negativa.

La lettera della norma è piuttosto chiara nel prevedere tale facoltà in una specifica fase temporale del processo, e in particolare *dopo la scadenza del termine per l'adesione*.

Si potrebbe pensare, forzando però nettamente la lettura del testo, che la possibilità di aderire all'accordo conciliativo raggiunto costituisca un effetto che consegue alla mera adesione, prescindendo dal momento in cui viene a realizzarsi la conciliazione.

La *ratio* perseguita sarebbe quella di evitare un trattamento differenziale tra gli aderenti.

In tal caso, la norma soffrirebbe di una infelice formulazione, che il legislatore dovrebbe opportunamente eliminare, e l'interprete comunque correggere.

Tuttavia, è vero che la lettera della norma sembra essere chiaramente volta a limitare la possibilità di aderire all'accordo conciliativo solamente nella fase successiva alla scadenza del termine per le adesioni. Tale interpretazione letterale è confermata da quanto sostenuto dal Governo nella relazione illustrativa allo schema di decreto delegato proposto al Parlamento. La logica ispiratrice l'attività del legislatore porterebbe ad escludere l'estensione del diritto richiamato ad una fase diversa da quella considerata espressamente nella norma, perché, come ha affermato il Governo «affinché la mediazione sia idonea a propagare i propri effetti oltre l'attore e il convenuto e possa atteggiarsi a mediazione di classe, occorre attendere la scadenza del termine per l'adesione degli appartenenti alla classe medesima, ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma 9»⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ Si veda atto n. 150 del Senato XVI legislatura.

Occorre, allora, comprendere perché non possa estendersi quanto previsto dall'art. 15 del D.Lgs. anche prima della scadenza del termine per proporre le adesioni.

Ritengo debba preferirsi un'interpretazione più aderente al dato letterale, poiché la posizione degli aderenti prima della scadenza del termine per proporre le adesioni è oggettivamente diversa da quella presa in considerazione dalla disciplina sulla mediazione.

Mentre nell'ipotesi in cui la conciliazione intervenga prima della scadenza del termine per proporre le adesioni, gli aderenti esclusi dall'accordo potrebbero autonomamente avviare un'azione di classe, la conciliazione che intervenga successivamente a tale termine comporta, ai sensi dell'art. 140*bis*, comma 14, cod. consumo, la preclusione all'esercizio di altra azione di classe nei confronti della stessa impresa per i medesimi fatti⁴⁹⁶. È evidente, allora, che le conseguenze per gli aderenti siano diverse e più gravi nel

⁴⁹⁶ Come recita, infatti, il comma 14 dell'art. 140*bis* cod. consumo: Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del 9° comma.

caso di conciliazione successiva al termine per aderire, ed allora, in tal senso, la possibilità di partecipare agli effetti della conciliazione raggiunta tra impresa e proponenti costituirebbe una forma di garanzia in vista del rischio di perdere i benefici dell'azione di classe.

La soluzione, condivisibile o meno, lascia all'impresa la libertà, prima della scadenza del termine per aderire all'azione di classe, di poter autonomamente decidere di limitare l'accordo conciliativo al solo proponente, e rischiare così l'avvio di un'altra azione di classe, ovvero di estendere l'accordo anche agli altri consumatori danneggiati, così potenzialmente risolvendo in modo tendenzialmente definitivo la controversia collettiva.

3.5. ***Segue. Le conseguenze sugli aderenti che non partecipano all'accordo conciliativo***

Né l'art. 140*bis* cod. consumo, né la disciplina contenuta nell'art. 15 del D.Lgs n. 28 del 2010 hanno dettato alcuna previsione relativa alle conseguenze della definizione

stragiudiziale della controversia collettiva nei confronti degli aderenti che non partecipino all'accordo conciliativo raggiunto.

È, infatti, possibile che i soggetti aderenti cui venga indirizzata la possibilità di far propri gli effetti dell'accordo conciliativo, non ritengano di aderire al risultato della mediazione ovvero che – utilizzando il rimedio negoziale di demandare ad un terzo la decisione sull'estensione degli effetti della conciliazione – alcuni aderenti siano esclusi dalla partecipazione all'accordo.

Sembra, allora, opportuno valutare cosa accada all'azione di classe e quali siano i rimedi processuali che residuino in capo gli aderenti.

Una prima distinzione dovrebbe riguardare l'ipotesi in cui l'accordo conciliativo intervenga prima della scadenza del termine per proporre le adesioni⁴⁹⁷, ovvero successivamente a tale termine.

⁴⁹⁷ Soluzione che, almeno tecnicamente, non potrebbe escludersi, anche se la logica che ha ispirato il legislatore nel dettare l'articolo 15 del decreto legislativo 28 del 2010 è quella di prevedere un accordo conciliativo successivo alla scadenza del termine per le adesioni.

Nel primo caso, non sarebbe preclusa la possibilità di esercitare un'ulteriore azione di classe, e di conseguenza i soggetti che non hanno ancora aderito all'azione ovvero coloro che non hanno accettato l'accordo conciliativo, avranno la possibilità di utilizzare lo strumento processuale, ed i suoi vantaggi, con la proposizione di un'autonoma azione di classe⁴⁹⁸.

Nel caso, invece, di mediazione intervenuta tra l'attore proponente e l'impresa convenuta successivamente alla scadenza del termine per proporre le adesioni, stabilito dal giudice ai sensi del comma 9 dell'art. 140*bis* cod. consumo, il processo di classe si chiuderebbe⁴⁹⁹.

La disciplina dell'azione di classe, inoltre, non sembrerebbe rendere possibile l'avvio di un'altra azione di classe, in relazione a quanto dettato dall'articolo 140 bis, comma 14,

⁴⁹⁸ D'altra parte, anche la circostanza che il legislatore abbia previsto la possibilità di proporre più azioni di classe potrebbe costituire un elemento ulteriore in grado di consentire ai componenti del gruppo dei soggetti danneggiati di aggirare il rischio della perdita dell'azione in caso di conciliazione parziale della lite.

⁴⁹⁹ Nel senso che l'accordo transattivo determini la chiusura anticipata del processo, GIUSSANI A. *Il Nuovo art. 140 bis codice del consumo*, cit., p. 135.

cod. consumo, il quale dispone che *non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del 9° comma.*

L'interpretazione letterale della disposizione di cui all'art. 15 del D.Lgs. n. 28 del 2010 consente di affermare che gli aderenti hanno avuto la possibilità di godere degli effetti della conciliazione, e di conseguenza in caso di mancata accettazione della stessa non potrebbero più usufruire dei vantaggi della tutela collettiva.

Gli stessi, però, non sarebbero pregiudicati, potendo usufruire dell'azione individuale. Sembra, infatti, che con lettura estensiva anche la conciliazione debba rientrare tra le ipotesi che il legislatore prende in considerazione al comma 15 dell'art. 140*bis* cod. consumo⁵⁰⁰.

In altre parole, per l'esercizio residuo dell'azione individuale da parte degli aderenti, la soluzione che appare più ragionevole sembra essere quella dell'irrelevanza

⁵⁰⁰ Che, appunto, recita: Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito.

dell'eventuale mediazione non accettata, nonostante quanto si possa trarre dalla comma 3 dell'art. 140*bis* cod. consumo, che recita *l'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo*. L'atto di adesione e la conseguente rinuncia all'esercizio dell'azione individuale appaiono, infatti, funzionalmente legati al diritto del singolo di ottenere una pronuncia giurisdizionale. Ove ciò non avvenga per l'impossibilità di funzionamento del procedimento collettivo, ovvero per chiusura anticipata del processo, non sembra possibile che il singolo rischi di perdere il diritto all'esercizio dell'azione individuale. Il singolo aderente, quindi, ove non accettasse la mediazione intervenuta, potrebbe comunque esercitare l'azione individuale risarcitoria, fermo in ogni caso che gli effetti sostanziali della domanda – specie ai fini della prescrizione – si manterranno fermi dall'atto di adesione.

3.6. *Segue.* La conciliazione parziale in caso di pluralità di azioni di classe e di attori proponenti

Emerge, infine, un'altra lacuna nei rapporti tra mediazione e azione di classe.

L'articolo 15 del D.Lgs. n. 28 del 2010, è potenzialmente in grado di dare soluzione ai problemi che potrebbero derivare all'interno dell'azione di classe in conseguenza di una conciliazione parziale nei confronti degli aderenti⁵⁰¹. Nulla è detto, invece, sulla conciliazione parziale nei confronti degli attori proponenti.

La forma più classica della mediazione nell'azione di classe si ha nel caso in cui vi sia un solo attore che abbia esercitato l'azione di classe e che si concluda un accordo conciliativo con l'impresa convenuta⁵⁰².

Il procedimento ex articolo 140*bis* cod. consumo disciplina, però, la possibilità che vi siano una pluralità di azioni di

⁵⁰¹ D'altra parte, è comprensibile che sia stata dettata una disciplina riguardante gli aderenti, i quali non essendo parti processuali non hanno alcuna possibilità di incidere sul procedimento ex articolo 140*bis* cod. consumo.

⁵⁰² Naturalmente, è possibile che la domanda di mediazione si avanzi dall'attore collettivo nei confronti dell'impresa convenuta, così come, è possibile che sia l'impresa convenuta a presentare istanza di conciliazione.

classe congiuntamente proposte, ovvero successivamente riunite ai sensi del comma 14⁵⁰³.

Cosa accade nell'ipotesi in cui l'impresa convenuta intenda conciliare solo rispetto ad una delle diverse azioni di classe proposte o riunite⁵⁰⁴?

La stessa domanda si potrebbe porre anche nel caso in cui all'interno dell'unica azione di classe vi fossero più attori proponenti.

In altre parole – sia che il procedimento ex articolo 140*bis* veda una pluralità di azioni, sia nel caso in cui all'interno dell'unica azione di classe proposta vi siano più attori – è possibile prospettare all'esito della mediazione un accordo parziale. Alcuni attori potrebbero non ritenere conveniente

⁵⁰³ L'articolo 140*bis* codice del consumo, al comma 14, prevede che le azioni di classe proposte entro il termine stabilito dal giudice per proporre le domande di adesione sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a 60 giorni per la riassunzione davanti al primo giudice. In tal caso, il procedimento avviato un'azione di classe proseguirebbe istaurandosi un litisconsorzio attivo facoltativo che coinvolga le diverse azioni proposte.

⁵⁰⁴ Nell'istanza da depositare ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 28 del 2010, l'impresa convenuta indicherà, quindi, soltanto le parti con cui voglia conciliare. Come, infatti, emerge chiaramente da quanto disposto al comma 1 e 2, è colui che propone la domanda di mediazione ad individuare le parti del procedimento conciliativo.

la soluzione emersa nel corso del procedimento di mediazione. D'altra parte, è anche possibile che l'impresa convenuta non voglia estendere la conciliazione a tutti gli attori⁵⁰⁵.

La soluzione, verosimilmente, andrebbe ricercata nei generali principi che regolano il processo civile con litisconsorzio attivo. Nel caso di litisconsorzio facoltativo, infatti, il processo civile consente una estinzione parziale del giudizio che coinvolga una o più cause connesse e trattate congiuntamente quando, ad esempio, rispetto ad una delle cause cessi la materia del contendere per intervenuta transazione⁵⁰⁶.

Non si può, quindi, escludere la possibilità nei confronti degli attori di una conciliazione parziale.

Si tratterà, però, di valutare quali possono essere le conseguenze sia sull'azione di classe, sia nei confronti degli

⁵⁰⁵ Si pensi al caso in cui non tutti gli attori abbiano titolo per agire in giudizio ovvero non presentino tutti diritti identici o pretese omogenee rispetto a quelle proposte con atto di citazione. Sembrerebbe, allora, lesivo dei diritti dell'impresa convenuta imporre a questa di estendere a tutti gli attori l'accordo conciliativo che si raggiungesse solo con quella parte le cui pretese si ritengono fondate.

⁵⁰⁶ In tal senso MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Torino, 2009, p. 387.

attori esclusi dalla conciliazione. Saremmo di fronte a soluzioni certamente più complicate rispetto all'ipotesi classica in cui vi sia un'unica azione di classe proposta da un unico attore che sia oggetto di conciliazione.

Gli scenari che si potrebbero presentare sono molteplici, ma non tali da sfuggire ad una schematizzazione e sono validi, sia in caso di mediazione parziale relativa ad una delle diverse azioni di classe proposte, sia nel caso di mediazione parziale che riguardi parte dei soggetti attori all'interno dell'unica azione di classe proposta.

a) È possibile che i concilianti prevedano l'estensione dell'accordo – raggiunto sia nella fase precedente che in quella successiva al termine per la presentazione delle domande di adesione – agli attori esclusi dal procedimento di mediazione, così come agli aderenti, anche eventualmente sottoponendo tale estensione ad una valutazione demandata un soggetto terzo⁵⁰⁷ (riprendendo la soluzione esposta nel paragrafo

⁵⁰⁷ Riprendendo la soluzione esposta nel paragrafo 3.3.

precedente). Se tutti gli attori delle diverse azioni di classe richiedano l'estensione degli effetti dell'accordo non si porranno particolari problemi⁵⁰⁸.

- b) Nel caso di conciliazione parziale intervenuta precedentemente alla scadenza del termine per proporre le adesioni – limitata soltanto ad alcuni attori ovvero all'attore di una delle diverse azioni proposte – gli attori esclusi potranno proseguire nel procedimento ex articolo 140bis cod. consumo. Naturalmente, in tal caso, solo nei confronti degli attori esclusi dall'accordo conciliativo si incentrerà la valutazione che il giudice è tenuto a compiere, ai fini dell'ammissibilità dell'azione, ex art. 140bis cod. consumo comma 6⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ Ferme le considerazioni esposte per gli aderenti nel caso di non accettazione dell'accordo ovvero di pronuncia di esclusione, è, tuttavia, possibile che le medesime circostanze riguardino gli attori delle azioni di classe che non hanno partecipato alla mediazione. Le soluzioni, in tal caso, saranno quelle fornite sub. b), c), e d), in relazione ai diversi scenari che si possono presentare.

⁵⁰⁹ Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe proposta, prevede che il Giudice accerti alcuni requisiti indispensabili per la prosecuzione del giudizio. In particolare, come recita il comma 6 dell'art. 140bis cod. consumo: *La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del 2° comma, nonchè quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.*

- c) Nel caso in cui, invece, la conciliazione intervenisse nella fase successiva alla scadenza del termine per proporre le adesioni e, pur in presenza del meccanismo di estensione degli esiti dell'accordo di cui all'articolo 15 del D.Lgs. n. 28 del 2010, nessuno degli aderenti faccia espressa richiesta di partecipare agli esiti dell'accordo conciliativo raggiunto, il procedimento ex articolo 140*bis* cod. consumo proseguirebbe con gli attori esclusi dalla conciliazione raggiunta. Identica soluzione si avrebbe nel caso in cui solo parte degli aderenti partecipasse agli esiti dell'accordo raggiunto⁵¹⁰;
- d) Ove, invece, tutti gli aderenti o la maggior parte di essi facciano richiesta di estensione degli effetti dell'accordo

⁵¹⁰ In tal caso, però, sembrerebbe opportuno un ulteriore intervento giudiziale che sia volto a valutare la sussistenza del requisito dell'adeguata rappresentanza anche successivamente alla riduzione del numero degli attori proponenti.

Non vi è dubbio, infatti, che nel giudizio di ammissibilità, ed in particolare nella valutazione del requisito dell'adeguata rappresentanza, il Giudice compia un esame in ordine all'idoneità dell'attore a rappresentare la classe, così come è ben possibile che tale valutazione possa mutare in conseguenza della riduzione dei soggetti proponenti.

D'altra parte, un nuovo intervento giudiziale non potrà che giustificarsi nell'ottica di meglio tutelare i soggetti aderenti i quali non hanno alcun potere di intervento nella gestione della causa collettiva, né possono attivarsi per la sostituzione del proponente ove questi tenga una gestione non adeguata della controversia, ovvero si dimostri inadeguato a rappresentare la classe degli aderenti.

conciliativo, la soluzione del problema avrà un esito diverso in ragione del fatto che si ritenga possibile proseguire nel procedimento ex articolo 140*bis* pur in assenza di soggetti aderenti⁵¹¹.

Si pone, infine, un ultimo aspetto da analizzare in caso di pluralità di attori proponenti,

Fermo, in ogni caso, che gli attori sono persone singole e che possono certamente determinarsi diversamente in ordine ad eventuali conciliazioni, ulteriore aspetto attiene alla possibilità che i diversi attori di un'unica azione di classe possano conferire uno specifico mandato al difensore⁵¹²

⁵¹¹ Ritengo che in caso di azioni di classe prive di soggetti aderenti il procedimento possa proseguire, in quanto l'attore, pur richiedendo l'attivazione di un meccanismo che porta all'estensione del giudicato a una pluralità di soggetti, agisce sempre a tutela di un proprio diritto individuale e, pertanto, ha diritto ad ottenere una pronuncia di merito, in tal senso SANTANGELI F. - PARISI P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140 bis del codice del consumo*, Futuro-Giustizia- Azione collettiva – Mediazione, Torino, 2010, p. 244; altra parte della dottrina, MENCHINI S. - MOTTO A., *Art. 140 bis*, cit., ha sostenuto, al contrario, che la sopravvenuta carenza di adesioni comporti la revoca dell'ordinanza di ammissione dell'azione di classe.

⁵¹² Quanto al rapporto tra proponente e l'avvocato che lo assiste, non sembrano porsi aspetti problematici trovando applicazione la disciplina prevista dal D.Lgs. n. 28/2010. Di conseguenza, all'atto del conferimento dell'incarico l'avvocato avrà i medesimi obblighi informativi indicati dall'art. 4 del decreto sulle mediazioni civili e commerciali, così come, per avviare un procedimento di mediazione all'interno dell'azione di classe, il proponente dovrà verosimilmente conferire al proprio avvocato uno specifico mandato proporre la mediazione.

volto, a conciliare la controversia, accettandone in anticipo l'esito dell'accordo che sarà raggiunto. La risposta sembrerebbe essere positiva, non essendovi ostacoli a che il proponente possa dare procura al difensore non solo ad avviare e rappresentarlo nel procedimento di mediazione, ma altresì a dare mandato a trovare per suo conto un accordo che possa definire la causa.

3.7. De iure condendo. *Il ruolo del giudice nella definizione negoziale dell'azione di classe*

Ricostruita la disciplina della mediazione all'interno dell'azione di classe, si rileva che la soluzione offerta dal legislatore, seppur non presenta profili di illegittimità costituzionale, tuttavia non pare essere la soluzione preferibile.

I problemi posti da un accordo conciliativo intervenuto in un'azione giudiziaria che vede coinvolte due sole parti, sono assai diversi dall'ipotesi, del tutto nuova per il nostro ordinamento, di una mediazione all'interno di un'azione di

classe, specie in relazione alle preclusioni che maturano in conseguenza del procedimento di cui all'articolo 140*bis* cod. consumo.

Le dinamiche che si instaurano all'interno di un processo collettivo richiederebbero l'intervento dell'organo giudiziale a garanzia di soluzioni non pregiudizievoli per entrambe le parti.

D'altra parte anche altri ordinamenti hanno avvertito l'esigenza di affiancare alle soluzioni negoziali della tutela collettiva risarcitoria un forte ruolo del giudice.

La soluzione offerta dal legislatore con l'art. 15 delle legislativo 28 del 2010 avrebbe dovuto, quindi, passare dall'analisi delle soluzioni utilizzate in altri ordinamenti.

Nell'esperienza americana, spesso le transazioni hanno prodotto un fenomeno distorsivo talmente forte, con squilibri risarcitori che s'instauravano tra i *legal studios* e i

*class members*⁵¹³, da costringere il legislatore ad intervenire⁵¹⁴ attribuendo al giudice forti controlli in tema d'approvazione della transazione, c.d. *settlement*, che si spingono sino ad un controllo dell'adeguatezza del rapporto tra risarcimento e compensi giudiziali, negando l'approvazione nei casi in cui esso risulti sproporzionato⁵¹⁵.

⁵¹³ Per fare qualche esempio, si pensi al caso *Cheerios*, società produttrice alimentare, convenuta in giudizio da una classe di consumatori per danni derivanti dall'uso di additivi nei prodotti venduti. L'azione si è conclusa con una liquidazione ai legali di compensi per alcuni milioni di dollari e ai membri della classe di tagliandi per l'acquisto di nuovi prodotti alimentari della *Cheerios*, in re *General Mills Oat Cereal Consumer Litigation*, 94 CH 06208 (Cir.Ct.Cook County).

⁵¹⁴ Con il Class Action fair Act of 2005.

⁵¹⁵ Nell'ordinamento statunitense si prevede una disciplina di accentuata garanzia per i componenti della classe in caso di proposta transattiva. Il giudice, infatti, dovrà approvare la proposta e prima di esprimersi dovrà informare tutti i componenti della classe che possano essere interessati alla transazione (ma lo stesso vale nel caso di rinuncia o di compromesso), potendo approvare la proposta solo dopo aver tenuto un'udienza per svolgere le valutazioni del caso unicamente laddove ritenga che la soluzione "*fair, reasonable, and adequate*", potendo altresì prevedere nel caso di *class action* certificata ai sensi della lettera (b) (3), un'ulteriore possibilità di *opt-out* per i membri della classe se questa non riguardi tutta la classe, si veda in tal senso BONA M. IN CONSOLO C., BONA M., BOZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, cit., p. 18. Inoltre il Giudice stabilisce le modalità con cui deve avvenire la comunicazione ai componenti della classe; determina l'ammontare dei compensi dovuti agli avvocati della classe; decide sui reclami proposti dai soggetti esclusi dalla ripartizione della somma stanziata per la transazione; approva definitivamente la transazione unitamente ai soggetti ammessi a parteciparvi e al piano di distribuzione delle somme. Come è stato rilevato da GIUSSANI A., *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996, p. 150, nel procedimento di omologazione delle transazioni si «manifesta una delle più ampie intrusioni del giudice nelle determinazioni delle parti intorno al come disporre dei propri diritti».

È stato, per la verità, rilevato in dottrina⁵¹⁶ che il meccanismo dell'*opt-in* previsto dalla normativa in tema di mediazione, costituisca una forma di garanzia per gli aderenti nella partecipazione al risultato della conciliazione, in quanto, il mancato controllo attribuito all'organo giudiziale non priverebbe totalmente di garanzie i soggetti che non hanno partecipato alla formazione dell'accordo. Il meccanismo non estende, infatti, automaticamente gli effetti dell'accordo raggiunto tra attore e impresa, ma subordina tale estensione ad una valutazione rimessa all'aderente.

Ciò, però, contrariamente a quanto si possa ritenere, non fa venir meno la necessità che a tale strumento si affianchi un controllo giudiziario del procedimento e dell'esito della conciliazione.

⁵¹⁶ In tal senso VIGORITI V., *Finalmente, l'azione di classe. Primi rilievi*, in VIGORITI V., CONTE G., *Futuro-Giustizia- Azione collettiva – Mediazione*, cit., p. 24, il quale riferendosi ai poteri di controllo vigenti nel sistema americano rileva come «il sistema italiano non ha bisogno di analoghi controlli sulle transazioni, perché i terzi non sono vincolati, ma con l'intento di protezione è previsto che gli “aderenti” siano coinvolti solo se essi hanno espressamente consentito all'intesa». Tuttavia, un intervento giudiziale sarebbe comunque auspicabile, tenuto conto che gli aderenti possono attribuire al proponente un mandato preventivo a conciliare la causa, con accettazione automatica degli effetti della conciliazione e con esclusione di una preventiva valutazione degli esiti dell'accordo.

Probabilmente il nostro ordinamento non è abituato ai poteri che l'ordinamento statunitense attribuisce all'organo giudiziale nelle ipotesi di transazione all'interno della *class action*, tuttavia, non può che sostenersi *de iure condendo*, la necessità che qualsiasi accordo conciliativo, ovvero qualunque forma di definizione negoziale della controversia collettiva risarcitoria passi da una valutazione giudiziale e dall'attribuzione al giudice di poteri di controllo e di intervento a garanzia delle parti⁵¹⁷.

L'intervento del giudice potrebbe, infatti, consentire in tale ipotesi di contemperare le diverse esigenze dei soggetti coinvolti consentendo di imporre limiti o condizioni alla definizione negoziale della controversia collettiva – ove da questa possano derivare conseguenze pregiudizievoli nei confronti di soggetti esclusi dall'accordo – garantendo, altresì, all'impresa convenuta quelle condizioni

⁵¹⁷ Tale potere d'intervento giudiziale dovrebbe riguardare non soltanto la posizione dell'impresa convenuta, ma anche quella degli aderenti, i quali già in parte garantiti con l'obbligo di estensione dell'accordo conciliativo di cui all'art. 15 del D.lgs. n. 28 del 2010, sarebbero esposti a potenziali forme di abuso ove, in modo preventivo, attribuissero al proponente un mandato a conciliare la causa, accettando il risultato della conciliazione senza alcuna necessità di esprimere consenso.

indispensabili per tradurre lo strumento conciliativo in una soluzione non solo tecnicamente possibile, ma, altresì, adeguatamente incentivata.

In particolare, sembrerebbe opportuno che qualunque accordo negoziale – transattivo ovvero di natura conciliativa – che sia in grado di definire la controversia collettiva e chiudere il processo, venga sottoposto ad una preventiva valutazione del giudice. Il compito di garanzia riconosciuto quest'ultimo potrebbe condurre ad imporre un'estensione degli effetti dell'accordo agli altri soggetti dell'azione di classe rimasti esclusi dall'accordo.

Andrebbero, così, in modo esplicito, riconosciuti all'organo giudiziale, poteri in ordine alla comunicazione dell'accordo raggiunto a tutti i soggetti aderenti.

Inoltre, anche nel caso in cui l'accordo negoziale attribuisse ad un terzo il compito di valutare quali tra gli attori e i soggetti aderenti abbiano titolo per partecipare agli esiti della mediazione, ciò nondimeno, sarebbe stato opportuno

stabilire una competenza giudiziale in sede di reclamo delle decisioni di esclusione.

L'assenza all'interno del nuovo art. 140*bis* di alcuna disciplina che subordini tali soluzioni negoziali ad un controllo giudiziale⁵¹⁸, se associato all'impossibilità della classe di utilizzare strumenti di sostituzione del soggetto proponente⁵¹⁹, rischia di condurre a soluzioni eccessivamente rigide e, quindi, poco praticabili all'interno di un meccanismo processuale in cui, pur utilizzando

⁵¹⁸ Si noti, in tal senso, quanto afferma GIUSSANI A., *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, op. cit., «è chiaro però che nel contesto dell'azione collettiva a tutela dei diritti individuali omogenei l'esigenza di controllare che l'operato del difensore tecnico sia fedele agli interessi dei componenti passivi del gruppo si accentua esponenzialmente, perché questi ultimi non hanno con lui alcun rapporto diretto, ed inoltre il loro personale interesse nella causa ha spesso un valore talmente esiguo da non giustificare comunque alcuna attività di monitoraggio».

⁵¹⁹ L'art. 140*bis* non prevede alcun meccanismo di sostituzione del proponente l'azione di classe. La disciplina americana della *class action* prevede, al contrario, nell'ipotesi in cui il *class representative* non sembri più rispettare il requisito della *adequacy of representation*, un giudizio teso alla sostituzione dello stesso attraverso la proposta di un nuovo *class representative*. Il soggetto componente della classe potrà contestare, infatti, gli elementi presuntivi utilizzati dal giudice per la nomina del *class representative* con la possibilità che tale fase dia vita ad una limitata *discovery* (ovvero una fase preparatoria del processo americano in cui le parti preparano le prove a sostegno delle proprie domande con scambio obbligatorio di informazioni tra le parti). L'iniziativa dovrà quindi provenire solo da parte di un componente della futura classe, il quale sia in grado di confutare l'attitudine del soggetto prescelto. Ciò sembrerebbe meglio garantire la classe dei danneggiati da possibili abusi da parte del *lead plaintiff* ovvero da una sua sopravvenuta incapacità di gestire adeguatamente il processo.

meccanismi indiretti di garanzia come l'*opt-in*, l'autonomia privata si trova di fronte ad un disequilibrio tra le parti che sarebbe meglio affrontato dal ruolo imparziale e terzo del giudice.

4. Il rapporto tra istituto della mediazione e transazione.

Lacuna normativa ed estensione analogica delle soluzioni offerte dal legislatore delegato

Ricostruita la disciplina della mediazione nell'azione di classe, e fornita una possibile via correttiva che renda il meccanismo conciliativo concretamente applicabile nell'istituto regolato ai sensi dell'art. 140*bis* cod. consumo, occorre esaminare anche l'ulteriore istituto di definizione negoziale della lite collettiva, e dunque, l'istituto della transazione.

Come è noto, proprio la mancata previsione di una completa disciplina dettata in materia di transazione costituisce una delle lacune maggiormente evidenti dell'azione di classe. La gravità dell'omissione normativa è evidente, già solo

considerando che in altri ordinamenti la definizione delle azioni collettive risarcitorie avviene in quasi l'80% dei casi mediante un accordo transattivo⁵²⁰.

Unica previsione normativa dettata dall'art. 140*bis* in materia di transazione è il comma 15 ove si fanno salvi i diritti degli aderenti che non hanno espressamente consentito alle rinunce e transazioni intervenute tra le parti⁵²¹. La norma non sembra, però, in grado di prevenire le conseguenze derivanti da un accordo transattivo parziale all'interno dell'azione di classe.

Potrebbe, allora, rivestire un ruolo assai rilevante il D.Lgs. n. 28 del 2010 ed in particolare il suo art. 15.

Come già chiarito⁵²², la disposizione impedisce che, almeno nella fase successiva alla scadenza del termine per proporre

⁵²⁰ Nell'esperienza degli altri ordinamenti, come in quello americano, la class action è, infatti, spesso strumento effettivo d'agevolazione di transazioni. Le statistiche rilevano come, ad esempio, solo nei periodi che vanno dal 1988 al 1996, l'87,6% delle class action nel settore finanziario si è concluso con una transazione, si veda per le fonti CAPPIELLO S., *La vigilanza sui conflitti di interesse nella "banca universale" e il ruolo delle class action: l'esperienza statunitense e le iniziative italiane*, Giur. Comm., 2007, I, p. 54.

⁵²¹ Come recita il comma 15 dell'art. 140*bis* cod. consumo: le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito.

⁵²² Si veda quanto esposto nel § 3.2.

le adesioni, l'impresa convenuta e l'attore – da solo ovvero con una parte della classe - possano conciliare la controversia decidendo di non estendere il risultato della conciliazione ad altri soggetti aderenti. L'accordo raggiunto vincola l'impresa convenuta, la quale è costretta a “subire” l'esplicita adesione dei soggetti aderenti.

Ciò impone di ripensare alla possibilità che all'interno dell'azione di classe si possa consentire all'impresa convenuta di stipulare accordi transattivi parziali, almeno con riferimento al periodo successivo alla scadenza del termine per aderire⁵²³. La regola sembra, infatti, avere un

⁵²³ La circostanza che la situazione giuridica tutelata con l'azione di classe sia il diritto individuale omogeneo (in tal senso si veda il comma 1 dell'art. 140bis cod. consumo *I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al 2° comma sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe*), incide sulla possibilità che si possa per via interpretativa ricostruire un limite alla proponibilità di una transazione parziale. Ove, invece, la situazione oggetto della tutela fosse consistita in un interesse collettivo, la sua dimensione ultraindividuale, e la circostanza che la stessa non si potesse considerare imputabile ad un singolo componente della classe, ma all'intera categoria, avrebbe potuto far protendere per una forma di transazione necessariamente riferita a tutta la categoria o classe; in senso conforme in dottrina GIUSSANI A., ult. op. cit, p. 135, il quale rileva come la disposizione dell'art. 140bis cod. consumo non permetterebbe di evocare l'art. 1304, comma 2, c.c. – e dunque la disciplina della transazione con con creditore in solido- per negare che il convenuto possa stipulate transazioni parziali.

Può notarsi, con analisi comparativa, come nel modello australiano di *class action* la giurisprudenza, a differenza della *class action* americana, consente la possibilità per gli avvocati del convenuto di tentare transazioni individuali con i componenti della classe e senza coinvolgere

forte impatto sulle transazioni stipulate successivamente al termine per proporre le adesioni, mentre non muta in alcun modo le considerazioni sulla definizione transattiva intervenuta nella fase precedente.

L'interrogativo che si pone è se sia possibile estendere in via analogica la richiamata disciplina dettata dal legislatore per le conciliazioni anche agli accordi transattivi stipulati nel corso dell'azione di classe.

La natura della mediazione non si diversifica nettamente dalla transazione. In entrambi i casi le parti tentano di concludere un accordo negoziale che sia in grado di definire la vicenda, precludendo la continuazione –o l'avvio- di un'azione giudiziaria. La *ratio* dei due istituti appare, quindi, nella sostanza la medesima. L'aspetto che differenzia la mediazione dalla transazione si limita unicamente alla partecipazione nel procedimento di

i legali dei rappresentanti della classe, purché si tratti di iniziativa in buona fede e sia data alla Corte la possibilità di ordinare ai convenuti di sottoporre agli avvocati dei *representatives* la bozza dell'accordo per la valutazione di eventuali scorrettezze, si veda BONA M. in CONSOLO C., BONA M., BUZZELLI P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, cit., 31 ss.

formazione dell'accordo di un soggetto terzo, cui le parti si rivolgono per agevolare la soluzione negoziale. In entrambi i casi sono le parti a valutare la convenienza dell'accordo e conseguentemente a trovare una intesa.

D'altra parte, anche i problemi che emergono in occasione di una definizione conciliativa all'interno dell'azione di classe sono i medesimi che occorrono in caso di transazione⁵²⁴.

Se, dunque, potrebbe ipotizzarsi l'estensione analogica della previsione di cui all'art. 15 del D.Lgs. 28 del 2010 anche all'ipotesi di accordo transattivo stipulato successivamente alla scadenza del termine per aderire, tale estensione dovrà, però, tener conto necessariamente della già richiamata non perfetta formulazione del meccanismo ideato dal legislatore.

Così come per la conciliazione, anche in caso di accordo transattivo manca un meccanismo interno al procedimento,

⁵²⁴ Rispetto ai quali è verosimile ritenere possano darsi le stesse soluzioni – individuate in relazione alla mediazione nei §§ 3.5. e 3.6. a cui si rinvia – sia per quanto riguarda l'effetto della transazione sulla prosecuzione dell'azione di classe, sia per quanto attiene alla possibilità dei soggetti esclusi dalla transazioni di esercitare una ulteriore azione di classe, ovvero di agire in via individuale per la tutela dei diritti oggetto della pretesa azionata.

ex art. 140*bis* cod. consumo, in cui si individuino le sole pretese degli aderenti effettivamente ammissibili.

Anche in tal caso, quindi, l'impresa – ferma, sempre, la possibilità che la stessa decida di estendere l'accordo transattivo a tutti i soggetti aderenti – sarebbe poco incentivata a concludere una transazione anche a soggetti aderenti le cui pretese non ritenga fondate.

L'obbligo di estensione della transazione raggiunta rischierebbe, infatti, di essere irragionevole.

Vista però, l'assenza di meccanismi che siano in grado di tutelare i soggetti aderenti a fronte di accordi transattivi che definiscano la controversia ed impediscano così l'avvio di un'altra azione di classe o la sua prosecuzione, si impone all'interprete la necessità di contemperare gli interessi in gioco.

Da una parte, il rischio dell'utilizzo dello strumento transattivo strumentalmente utilizzato per precludere l'accesso alla giustizia di pretese altrimenti non giustiziabili; dall'altro, il rischio di disincentivare per l'impresa

convenuta la conclusione di accordi transattivi all'interno dell'azione di classe.

La soluzione che, quindi, appare più ragionevole è quella di ritenere esteso l'obbligo di estensione dell'accordo intervenuto tra impresa convenuta e proponente, come previsto dall'articolo 15 del D.lgs. n. 28 del 2010, anche nell'ipotesi di transazione. L'impresa convenuta, infatti, potrebbe evitare l'estensione dell'accordo transattivo a soggetti le cui pretese siano del tutto infondate, costruendo il contenuto dell'accordo negoziale in modo tale da demandare ad un soggetto terzo l'individuazione di quegli aderenti che presentino i requisiti ritenuti necessari per l'estensione della transazione.

Al contrario, i soggetti aderenti, in assenza di un'estensione analogica della disposizione di cui all'art. 15 del D.lgs. n. 28/2010, si troverebbero completamente esposti ad accordi transattivi parziali idonei a precludere la prosecuzione dell'azione di classe già avviata, ovvero l'avvio di una successiva azione ex art. 140*bis* cod. consumo, con grave

nocumento specie per pretese difficilmente azionabili in via individuale.

Naturalmente, l'estensione analogica riguarderà solo e soltanto l'ipotesi in cui l'accordo transattivo venga raggiunto tra l'impresa convenuta e l'attore proponente (ovvero gli attori proponenti), e dunque solo nel caso di accordo transattivo idoneo a definire anticipatamente il giudizio collettivo. Nessuna estensione dell'obbligo previsto dall'articolo 15 del decreto legislativo n. 28 del 2010 potrà, al contrario, essere prevista nel caso transazioni non idonee a concludere l'azione di classe⁵²⁵.

Di conseguenza, ritenendo possibile l'estensione analogica dell'obbligo previsto dall'art. 15 del decreto legislativo n. 28 del 2010, non sarebbe possibile per l'impresa convenuta decidere di escludere una parte dei soggetti aderenti dall'accordo. L'impresa, intervenuto un accordo transattivo, sarebbe vincolata ad estendere gli effetti dello

⁵²⁵ In tal caso, permarrebbe la possibilità nei confronti dei soggetti esclusi dalla transazione di proseguire nell'azione di classe proposta, e di poter, quindi, tutelare adeguatamente i propri diritti senza alcun pregiudizio derivante dall'accordo transattivo raggiunto.

stesso a quanti dei soggetti aderenti reputassero conveniente la soluzione negoziale, potendo tuttavia utilizzare strumenti correttivi negoziali in grado di evitare pregiudizi derivanti da una non felice formulazione del meccanismo legislativamente prescelto.

CONCLUSIONI

Gli esiti del presente lavoro richiedono un tentativo di analisi dell'istituto processuale elaborato dal nostro ordinamento per la tutela collettiva risarcitoria.

Una prima notazione preliminare che risalta immediatamente a chi affronta da (seppur pochi) anni tale materia, è relativa al diverso clima giuridico e culturale che oggi segna il rapporto tra gli studiosi del settore ed il tema generale della *class action*.

Com'è stato rilevato in dottrina⁵²⁶, in Italia si assiste al dibattito sulla tutela collettiva degli interessi collettivi, diffusi sovraindividuali da almeno trent'anni⁵²⁷. In

⁵²⁶ TARUFFO M., *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Le azioni collettive in Italia. Profili teorici ed aspetti pratici*, Milano, 2007, p. 13.

⁵²⁷ Insigni studiosi sono intervenuti già negli anni '70 (v. TARUFFO M. *I limiti soggettivi del giudicato e le class actions* op.cit. p. 609 ss.; PATTI, *L'esperienza delle "class actions" in due libri recenti* Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1979 p. 1559 ss.; CARPI *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, Milano 1974 p. 121 ss. CAPPELLETTI, *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile* Riv.dir. Proc. 1975 p. 387 ss. ; ID. *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi o diffusi* Giur. It. 1975 IV p. 49 ss.; DENTI V. *Le azioni a tutela di interessi collettivi* Riv. Dir. Proc. 1974 p. 533; ID. *L'avvocato e la difesa degli interessi collettivi* For.It. 1978 V p. 112; COSTANTINO, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile in Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio Pavia 11/12 Giugno 1974*, Padova 1976; PARDOLESI R., *Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei*

particolare i primi approcci con la tutela risarcitoria collettiva si hanno a partire dalla fine degli anni '60 inizi degli anni '70.

All'inizio lo studioso era maggiormente interessato ad affrontare il tema dell'eventuale compatibilità il modello più sperimentato di tutela collettiva risarcitoria, come la *class action* americana, con l'ordinamento interno e in particolare con i principi fondamentali che regolano il nostro sistema processuale. Per largo tempo vennero affrontati dagli studiosi i rapporti tra istituti quali la legittimazione ad agire, gli effetti soggettivi del giudicato con un istituto che traeva origine da una cultura giuridica assai lontana. Si trattò di un

giuristi in *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio Pavia 11/12 Giugno 1974*, Padova 1976). Una riviviscenza del dibattito dottrinale si è avuta negli anni '80 ed è proseguita fino agli anni '90 (v. DONDI A. *Funzione rimedial nelle injunctive class actions* Riv. Trim. dir. proc. Civ. 1988 p. 245 ss.; GIUSSANI G. *Le "mass tort class actions" negli Stati Uniti*, Riv. Crit. dir. Priv , 1988 fasc. 1-4 vol. 6 p. 331; TARZIA, *Le associazioni di categoria nei processi civili con rilevanza collettiva*, Riv. Dir. Proc. 1987 vol. 42 serie II p. 774 ss.; GIUSSANI A. *Un libro sulla storia della class action* Riv. Crit. Dir. Civ. 1989 p. 171 CONSOLO C. *Class action fuori dagli usa?*, op. cit., p. 609 ss.; GIUSSANI A. *Studi sulle class actions*, Padova, Cedam 1996; ID. *La prova statistica nelle class actions*, Cedam 1994; PONZANELLI *Class actions, tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici*, For.It. 1995 , IV p. 305; SCUFFI *Azione collettiva in difesa dei consumatori: legittimazione e tecniche processuali*, Giud. Pace 1998 n. 4 p. 317; CAPPONI *Diritto comunitario e azioni di interesse collettivo dei consumatori*, For.It. 1994 fasc. IV p. 439.

momento storico in cui non solo vennero avanzati dubbi di compatibilità pratica dell'istituto della *class action* nel nostro ordinamento, ma anche di potenziali profili di illegittimità costituzionale tra la tutela collettiva risarcitoria e l'ordinamento processuale come costituzionalmente previsto dal legislatore italiano.

Con l'inizio del nuovo millennio si assiste, invece, ad una evidente spinta politica volta alla introduzione di strumenti di tutela collettiva risarcitoria anche nell'ordinamento italiano.

Si assiste ad un diverso ruolo ricoperto dal consumatore nel sistema globalizzato dell'economia moderna. In ciò, la politica europea ha costituito uno dei fattori di maggior espressione del potere, anche normativo, che si inizia attribuire al protagonista debole dell'economia di consumo.

Con il Libro Verde pubblicato dalla Commissione europea il 27 novembre 2008 si ha una espressa presa di posizione dell'Unione Europea per la previsione di forme di tutela collettiva risarcitoria nei confronti dei consumatori che

segna un elemento di attenzione al fenomeno e che trova radici risalenti visto che come è stato rilevato: «sono ormai più di 15 anni che l'Europa afferma la necessità di garantire tutela in forma collettiva, e quindi contestuale in un unico procedimento, ai diritti cui sono titolari le vittime di fatti lesivi plurioffensivi»⁵²⁸.

A differenza del passato si sono tentati per la prima volta concreti tentativi di introduzione normativa e non solo di analisi comparatistica della tutela collettiva risarcitoria anche nel nostro paese.

Il fondamento di questo rinnovato e maggiormente concreto interesse per la materia era evidentemente legato agli ormai tristemente famosi crack Parmalat, Cirio e alle vicende relative ai bonds argentini, che si caratterizzavano quali segnali inequivocabili di un capitalismo malato in cui continuamente si scontrano logica del profitto e tutela giuridica, facendo emergere l'esigenza di forme maggiori di tutela dei diritti.

⁵²⁸ VIGORITI V., *L'azione risarcitoria di classe: sollecitazioni europee, resistenze italiane*, su www.judicium.it.

L'attenzione è stata rivolta principalmente alla scelta delle soluzioni realizzative del nuovo modello di tutela con particolare attenzione alla necessità di evitare eccessivi squilibri degli interessi coinvolti. Non può, infatti, sfuggire che le diverse soluzioni normative su aspetti quali i soggetti legittimati ad agire – con maggiore o minore rilevanza delle associazioni dei consumatori – sul regime delle spese giudiziali, sull'efficacia e sulla natura della sentenza collettiva, così come dei diritti tutelabili, dei requisiti di ammissibilità ovvero della strutturazione bifasica o meno del procedimento collettivo, costituiscano il modo meno visibile, ma certamente più efficace per spostare il baricentro della tutela giurisdizionale a favore dei soggetti danneggiati o dei danneggianti, determinando il maggiore o minore successo dell'istituto.

Da questo punto di vista – come si è già detto- l'azione di classe sembrerebbe fornire una soluzione equilibrata, volta a contemperare gli opposti interessi in gioco.

In realtà, però, l'aspetto che si vuol evidenziare e che segna anche simbolicamente una rottura culturale con il passato, è rappresentata oggi da un necessitato e diverso approccio valutativo che lo studioso presenta rispetto al fenomeno della tutela collettiva risarcitoria.

La distanza rispetto alle prime analisi sul tema è sensibile.

Ciò che cambia è il modo di guardare ai tradizionali principi processuali, in ciò certamente influenzato dalla sempre più stringente sinergia tra diritto e modelli economico sociali.

Lo studioso che oggi affronta il tema deve porre come basilare elemento di analisi l'esame dei margini di concreta applicabilità dell'istituto. Si vuol dire, in altre parole, che gli sforzi di analisi rispetto ad uno strumento normativo che già si inizia a sperimentare, riguardano oggi la possibilità che l'azione di classe possa raggiungere effettivamente gli obiettivi che tradizionalmente gli sono attribuiti e, in particolar modo, se l'art. 140 *bis* cod. consumo incentivi e garantisca un concreto accesso alla giustizia a pretese derivanti da illeciti seriali per molto tempo tenute ai margini

del processo civile, con una più efficace riallocazione della ricchezza ed una spinta maggiore al virtuosismo nel comportamento delle imprese.

Ed allora, a quasi due anni dall'entrata in vigore del nuovo istituto previsto dall'art. 140 *bis* Cod. cons. è possibile tentare di fare un primo bilancio sull'efficacia dell'azione di classe italiana.

Per la verità, i facili entusiasmi sul nuovo istituto hanno indotto all'annuncio di numerosissime azioni di classe, molto spesso destinate ad incontrare la censura di inammissibilità.

Tuttavia ad oggi si ha notizia di non molti procedimenti avviati con lo strumento dell'art. 140 bis.

La maggior parte delle azioni di classe proposte si sono, inoltre, chiuse con una pronuncia di inammissibilità, in taluni casi confermata anche in appello in sede di reclamo⁵²⁹.

⁵²⁹ Per una più ampia illustrazione degli esiti dell'azione di classe proposte fino ad oggi si rinvia a ROSSI CARLEO L., *Class action e pratiche commerciali scorrette: spunti riflessioni a margine dell'ordinanza del tribunale di Milano 20 dicembre 2010*, su www.judicium.it.

Tra le più famose ed anche temporalmente le prime mai avviate in Italia, le due azioni di classe proposte contro gli istituti di credito per l'applicazione ai rapporti di conto corrente con apertura di credito delle commissioni di massimo scoperto, entrambe rigettate per manifesta infondatezza⁵³⁰ ovvero per inidoneità degli attori a curare adeguatamente l'interesse della classe di appartenenza⁵³¹. Anche l'azione di classe proposta presso il tribunale di Milano contro la Microsoft S.r.l.⁵³² è stata ritenuta inammissibile per difetto di legittimazione passiva dell'impresa convenuta⁵³³.

In un'altra occasione, invece, il giudizio di classe ha affrontato la questione della proposizione di una domanda di chiamata in garanzia avanzata dall'impresa convenuta⁵³⁴.

⁵³⁰ In tal senso l'ordinanza della Corte d'appello di Torino del 27 ottobre 2010.

⁵³¹ Così l'ordinanza del Tribunale di Torino del 7-28 aprile 2011.

⁵³² L'azione di classe aveva ad oggetto la richiesta di rimborso del costo del sistema operativo in dotazione nei pc acquistati nel caso in cui non si fosse desiderata la fornitura OEM di Windows.

⁵³³ Secondo il Tribunale, infatti, l'azione di classe avrebbe dovuto proporsi nei confronti del produttore dei personal computer con sistema operativo preinstallato e ciò in quanto il software viene considerato parte integrante del computer.

⁵³⁴ Il riferimento va al procedimento avviato presso il tribunale di Napoli avanzata da un gruppo di turisti per il classico danno da vacanza rovinata. In tal senso ai fini di 1+ ampia analisi del rapporto tra azione di classe e

Per mezzo di tali procedimenti, pur evidenziandosi numerosissimi spunti di analisi, certamente non si sono appresi sino in fondo le potenzialità dell'art. 140 *bis* cod. consumo.

Più interessante, invece, è l'ordinanza del tribunale di Roma dell'11 aprile 2011 che ha dichiarato inammissibile l'azione di classe avviata contro produttore di tabacco per risarcimento dei danni non patrimoniali e che ha statuito come «la tutela cumulativa può avvenire soltanto in quei casi in cui per la caratteristiche della fattispecie sostanziale, la valutazione del giudice si può basare esclusivamente su valutazioni di tipo comune, essendo del tutto inesistente marginali temi personali». In tal modo il Giudice ha chiarito che i margini di estensione dell'art. 140 *bis* si caratterizzano per un'ampiezza assai più ridotta di quanto in prima battuta avrebbe potuto attribuirsi al nuovo istituto. Solo ed unicamente quelle pretese standardizzate prive di elementi fortemente personalistici nei danni, possono consentire

intervento su chiamata delle parti si rinvia a MENCHINI S., *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140 bis codice consumo*, su www.judicium.it.

l'accesso e soprattutto l'efficacia della tutela collettiva risarcitoria per come strutturata dal legislatore italiano.

Ed in tal senso, non è un caso che l'unica azione di classe che ha superato il vaglio di ammissibilità⁵³⁵ abbia ad oggetto la restituzione delle somme corrisposte dai consumatori per l'acquisto di un test influenzale, evidentemente caratterizzato dalla carattere standardizzato del danno risarcibile ed inoltre del tutto privo di voci di danno individualizzate.

È stato evidenziato che «la giurisprudenza, dal canto suo, sulla scorta del carattere generale (e alternativo) del nuovo istituto processuale rispetto degli ordinari mezzi di tutela schiettamente individuali, non si è discostata, in sede applicativa, dal proprio tradizionalisti con un modus operandi ermeneutico, volto alla riconduzione sistematica

⁵³⁵ Si tratta dell'ordinanza del Tribunale di Milano del 20/12/2012 resa nel procedimento RG. N. 98 del 2010, avviata dalla mandataria Codacons contro la Voden Medical Instruments s.p.a. per i danno che sarebbero addebitabili alla messa in circolazione commercio del test di rilevazione del virus influenzale Ego Test Flu.

della nuova fattispecie a principi e categorie di diritto sostanziale e (soprattutto) processuale già elaborati»⁵³⁶.

Ed allora, può senza dubbio dirsi che la peculiare disciplina con cui è stata strutturata la nuova azione di classe nel rendono assai difficile la concreta applicazione. Per altro, un istituto che per naturale vocazione è destinato in altri paesi ad essere definito in via transattiva quasi nell'80% dei casi ad oggi in Italia non ha visto concludersi nessun accordo transattivo delle azioni di classe proposte e ciò anche prima ancora del vaglio di ammissibilità del giudice. Ciò è il segnale dell'efficacia ridotta della funzione di deterrenza che la tutela collettiva risarcitoria dovrebbe indurre.

Tuttavia non deve ritenersi completamente bocciato il nuovo istituto processuale. Seppur potenzialmente, l'azione di classe ha il vantaggio di ampliare una vastissima platea delle situazioni giuridiche tutelabili che altrimenti sarebbero rimaste escluse dalla tutela giurisdizionale.

⁵³⁶ In tal senso ROSSI CARLEO L, op. cit., p. 2.

Non vi è dubbio, che emergano numerose esigenze di modifica dell'istituto, anche incisive, che possano affrontare questioni ancora aperte e consentire la costruzione di uno strumento di tutela processuale realmente in grado di far fronte alle esigenze e alle sfide che l'ordinamento giuridico pone e che affronti efficacemente le storture del sistema economico globale. Ciò non di meno - ed è questo l'aspetto più importante - la strada è aperta. Non sembra debba valutarsi negativamente l'introduzione di una forma di tutela che da tutti era valutata come una delle lacune dell'ordinamento. Se il modello dettato dall'art. 140 *bis* avrà o meno successo, dipenderà da numerosissimi fattori, ma soprattutto dalla consapevolezza dei suoi limiti e delle sue concrete potenzialità, non attribuendo allo strumento processuale scopi e funzioni che non sarebbe in grado di assolvere all'interno di un ordinamento processuale come quello italiano.

BIBLIOGRAFIA

ALPA G., *Art. 140 bis soc. cons. nella prospettiva del diritto privato*, in VIGORITI V. , CONTE G., *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, Torino, 2010.

AMADEI D., *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, Giur. Mer., p. 940 ss.

ANGELICI C., *La costituzione della società per azioni*, in *Trattato di diritto privato* diretto da RESCIGNO P., XVI, Torino, 1985

BOVE M., *Class action: professionisti e consumatori meritano una legislazione più equilibrata*, Guida al Diritto, 2007, n. 47, p. 11 ss.

BOVE M., *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, Guida al Diritto, 2008, n. 4, p. 11 ss.

BOVE M., *Profili processuali dell'azione di classe*, su www.judicium.it

BRIGUGLIO A., *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, su www.judicium.it

BUFFONE G., *Class Action italiana: azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori. Ferma la finalità risarcitoria. Respinta l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile*, in www.altalex.com

BUONOCORE V., CASTELLANO G., COSTI R., *Casi e materiali di diritto commerciale, Società di persone*, I, Milano, 1978

CALIFANO G. P., *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Napoli, 2010.

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, Torino, 1999, II

CANALE G., *Il invitato di pietra ovvero l'aderente nell'azione di classe*, Riv. Dir. Proc., 2010, n. 1, p. 5 ss.

CAPONI R., *Litisconsorzio « aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2008, n. 3, p. 819 ss.

CAPONI R., *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, Foro I., 2008, V, p. 281 ss.

CAPONI R., *Oggetto del processo e del giudicato «ad assetto variabile»*, in *Azione collettiva risarcitoria (art. 140 bis cod. Consumo)*, Foro it., 2008, V, p. 200.

CAPONI R., *Azioni collettive: interessi protetti modelli processuali di tutela*, Riv. Dir. Proc., 2008, p. 1205.

CAPONI R., *Il nuovo volto della class action*, Foro. It., 2009, V, p. 383 ss.

CAPONI R., *La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, su www.judicium.it

CAPONI R., *Una lettura di interrogativi in attesa della giurisprudenza*, Foro It., 2008, V, p. 185 ss.

CAPONI R., *Mediazioni delle controversie e giustizia civile statale: quale rapporto?*, lezione introduttiva al corso di perfezionamento in conciliazione come tecnica di composizione delle controversie, Firenze 24 febbraio 2010, su www.unifi.accademia.edu.it

CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in *Le azioni a tutela di interessi*

collettivi, Atti del convegno di studio Pavia 11/12 Giugno 1974, Padova, 1976.

CAPPELLETTI M., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, Riv. Dir. Proc., 1975, s. II, p. 361ss.

CAPPIELLO S., *La vigilanza sui conflitti di interesse nella “banca universale” e il ruolo delle class action: l’esperienza statunitense e le iniziative italiane*, Giur. Comm., 2007, I, p. 54

CAPPONI, *Diritto comunitario ed azioni di interesse collettivo dei consumatori*, Foro It., 1994, fasc. IV, p. 439 ss.

CARPI F., *L’efficacia “ultra partes” della sentenza civile*, Milano 1974

CARRATTA A., *L’azione collettiva risarcitoria restitutoria, presupposti ed effetti*, Riv. Dir. Proc., 2008, n. 3, p. 729 ss

CHIARLONI S., *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, Riv. Dir. Proc. Civ., 2007, n.3, p. 567 ss.

COMANDÈ G., *Un uso distorto dell'azione collettiva diventa un boomerang per il cittadino*, Responsabilità e Risarcimento, 2008, n. 2, p. 8 ss.

COMOGLIO L. P., *Aspetti processuali della tutela del consumatore*, Riv. Dir. Proc., 2007, n.2, p. 307ss.

CONSOLO, *Class action fuori dagli USA?*, Riv. Dir. Civ., 1993, fasc. 5, vol 39, p. 609 ss.

CONSOLO C., *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, Corriere giur., 2008, n. 1, p. 5 ss.

CONSOLO C., *L'art. 140 bis: nuovo congegno dai chiari contorni funzionali seppur, processualcivilisticamente, un poco «Opera aperta»*, Foro It., 2008, n. 6, V, p. 205 ss.

CONSOLO C., *La transazione dell'azione collettiva: difetti dei pregi del sistema dello «opt-in» adottato anche*

in ottica di analisi economica, An. Giur. Ec., 2008, n. 1, p. 186 ss.

CONSOLO C., *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140bis e la class action consumeristica*, in Corr. Giur., 2009, n. 10, p. 1307 ss.

CONSOLO C., BUZZELLI P., BONA M., *Obbiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008

CONTE G., *Dalla tutela collettiva in senso proprio alla tutela cumulativa*, in VIGORITI V., CONTE G., *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, Torino, 2010.

CONTINO E., *Arbitrato, arbitraggio, transazione contratto preliminare*, Giust. civ., 1995, 12, p. 3027 ss.

COSTANTINO, *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio Pavia 11/12 Giugno 1974*, Padova, 1976

COSTANTINO G., *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, Foro It., 2009, 10, V, p. 388

COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis cod. consumo*, Foro It., 2008, n. 1, p. 17 ss.

CUOMO UOLLA F., *La nuova conciliazione giudiziale*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2004, n. 3, vol. 58, p. 1035 ss.

DALFINO D., *Oggetto del processo e del giudicato, in Azione collettiva risarcitoria art. 140bis cod. Consumo*, Foro It., 2008, V, p. 192 ss.

D'ALFONSO G., *L'art. 140 bis codice del consumo tra disciplina attuale e proposte di riforma. Quali prospettive per un'effettiva tutela collettiva risarcitoria?*, Resp. Civ., 2009, n. 8-9, p. 678 ss.

D'AMBROSI I., LAURIA M. , *L'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori (class action), il decreto legge «mille proroghe» e il gioco dell'oca*, Fam. Pers. e Succ., 2009, n. 2, p. 188 ss.

DENTI V., *L'avvocato e la difesa degli interessi collettivi*, Foro It., 1978, V, p. 112

DENTI V., *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, Riv. Dir. Proc. 1974, p. 533 ss.

DE SANTIS F., *La pronunzia sull'ammissibilità della «class action»: una «certification» all'italiana?*, An. Giur. Econ., 2008, n. 1, p. 143 ss.

DI SABATO F., *Manuale delle società*, Torino, 1995

DONDI A., *Funzione rimedial delle injunctive class action*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1988, fasc. 1, vol 42, p. 245 ss.

FAVA, *Class action all'italiana "paese che vai usanza che trovi" (l'esperienza dei principali ordinamenti giuridici stranieri e le proposte di legge 3838 e 3839*, Corriere giur., 2004, p. 396

FERRUCCI A.- FERMENTINO C., *Le Società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici*, Torino, 2001

FRÈ G., *Società per azioni*, in *Comm. cod. civ.* a cura di SCIALOJA A. e BRANCA G., Libro V, Del lavoro, Bologna-Roma, 1972

GALANTER, *Perché gli abbienti si avvantaggiano. Riflessioni sui limiti del riformismo giuridico*, Pol. Dir., 1976, p. 307 ss

GALGANO F., *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1988, VII

GALGANO F., *Le società per azioni. Principi generali*, in *Il Codice Civile Commentario* diretto da SCHLESINGER P., Milano, 1996

GALLETTO T., *L'azione di (seconda) classe*, in VIGORITI V. , CONTE G., *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, Torino, 2010

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2008.

GIUSSANI A., *Un libro sulla storia della class action*, Riv. Crit. Dir. Priv., 1989, p. 171

GIUSSANI A., *Studi sulla class actions*, Padova, 1996

GIUSSANI G., *Le "mass tort class actions" negli Stati Uniti*, Riv. Crit. Dir. Priv., 1988, fasc. 1-4, vol 6, p. 331ss.

GIUSSANI A., *L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis cod. cons.*, Riv. Dir. Proc., 2008, n. 5, p. 1227 ss.

GIUSSANI A., *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2008 n. 1, p. 239 ss.

GIUSSANI A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008

GIUSSANI A., *Il nuovo art. 140 bis codice del consumo*, in VIGORITI V. , CONTE G., *Futuro Giustizia Azione collettiva Mediazione*, Torino, 2010 e su Riv. Dir. Proc., 2010, n. 3, p. 612 ss.

GIUSSANI A., *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, su www.judicium.it

GIUSSANI A. - GITTI G., *La conciliazione collettiva nell'art. 140bis c. cons., dalla L.n. 244 del 24 dicembre 2007 alla L.n. 99 del 23 luglio 2009, alla luce della disciplina transitoria*, in *Futuro-Giustizia- Azione collettiva – Mediazione*, Torino, 2010

GONZÀLES CANO, M. I., *La tutela colectiva de consumidores y usurarios en el proceso civil*, Valencia, 2002.

GRAZIANI A., *Diritto delle società*, Napoli, 1962

LUISO P., *Diritto processuale civile*, Milano, 2000

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, Giappichelli Editore, Torino, 2007- 2009

MANENTI M.- PALMIERI A., *Azione risarcitoria collettiva: dove l'Italian style lascia a desiderare*, *Danno e Resp.*, 2008, n. 7, p. 740

MARTINELLO P., *La class action*, in *Cons. Dir. e Merc.* 2006, n. 1 p. 93 ss.

MENCHINI S., *Il provvedimento finale: oggetto, contenuto, effetti*, *An. Giur. Ec.*, 2008, n. 1, p. 170 ss.

MENCHINI S., *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, su www.judicium.it

MENCHINI S., *I primi provvedimenti relativi all'azione di classe dell'art. 140 bis codice consumo*, su www.judicium.it

MENCHINI S., MOTTO A., *Art. 140 bis*,
www.judicium.it

MILLER GEOFFREY P., *Punti cardine in tema di «class action» negli Stati Uniti e in Italia*, su *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1, 2008, p. 224 ss.

PALMIERI A., *Campo di applicazione, legittimazione ad agire e vaglio di ammissibilità*, in *Azione collettiva risarcitoria (art. 140 bis cod. Consumo)*, *Foro It.*, 2008, V, p. 185 ss.

PARDOLESI R., *Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio Pavia 11/12 Giugno 1974*, Padova, 1976

PATTI, *L'esperienza delle class actions in due libri*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1979, p. 1559

PELLEGRINI GRINOVER, *Dalla class action for damage all'azione di classe brasiliana (i requisiti di ammissibilità)*, *Riv. Dir. Proc.*, 2000, fasc. 4, vol 55, p. 1068 ss.

PERERA SARA ALICE, *La class action negli Stati Uniti*,
in *Quaderni Centro Ricerca per il Diritto di Impresa*,
CERADI, LUISS G. Carli, Roma, 2007.

PETRILLO C., *La tutela degli interessi collettivi e dei
diritti individuali omogenei nel processo societario*, Riv.
Dir. Proc., 2006, fasc. 1, vol 61, p. 135 ss.

PONZANELLI, *Class actions, tutela dei fumatori e
circolazione dei modelli giuridici*, Foro It., 1995, IV, p. 305
ss.

REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957.

RESCIGNO M., *L'introduzione della class action
nell'ordinamento italiano*, Giur. Comm., 2005, fasc. 3, vol.
32, p. 407 ss.

RESCIGNO P., *Sulla compatibilità tra il modello
processuale della class action ed i principi fondamentali
dell'ordinamento giuridico italiano*, Giur. Ita., 2000, vol
152, p. 2224 ss.

ROSSI CARLEO L., *Class action e pratiche commerciali scorrette: spunti riflessioni a margine dell'ordinanza del tribunale di Milano 20 dicembre 2010*, su www.judicium.it

RUFFINI G., *Legittimazione ad agire, adesione e di intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140 bis del codice del consumo*, Riv. Dir. Proc. 2008, n. 3, p. 707ss.

SANTAGADA F., *La conciliazione dell'azione collettiva risarcitoria: note a margine di una proposta di riforma dell'art. 140-bis cod. consumo*, su www.judicium.it.

SANTANGELI F., a cura di , *Il nuovo Fallimento. Commentario al R.D. 16 marzo 1942 n. 267 coordinato con le modifiche apportate dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 e dal D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5*, Milano, 2006

SANTANGELI F., *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, su www.judicium.it

SANTANGELI F.- CANTILLO M., *Il sequestro nel processo civile*, Milano, 2003

SANTANGELI F. - PARISI P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140 bis del codice del consumo*, Futuro-Giustizia- Azione collettiva – Mediazione, Torino, 2010

SCUFFI, *Azione collettiva in difesa dei consumatori: legittimazione e tecniche processuali*, Giudice di Pace, 1998, p. 317 ss.

TARUFFO M., *I limiti soggettivi del giudicato e le class action*, Riv. Dir. Proc., 1970, p. 609 ss.

TARUFFO M., *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2007, n. 2, p. 529 ss. e , in *Le azioni collettive in Italia. Profili teorici ed aspetti pratici*, Milano, 2007

TARZIA, *Le associazioni di categoria nei processi civili con rilevanza collettiva*, Riv. Dir. Proc., 1987, vol 42, s. II, p. 774 ss.

VIGORITI V., *Finalmente, l'azione di classe. Primi rilievi*,
in VIGORITI V. , CONTE G., *Futuro Giustizia Azione
collettiva Mediazione*, Torino, 2010.

VIGORITI V., *L'azione risarcitoria di classe:
sollecitazioni europee, resistenze italiane*, su
www.judicium.it.

VIGORITI V., CONTE G., *Futuro Giustizia Azione
collettiva Mediazione*, Torino, 2010.

GIURISPRUDENZA

Corte Costituzionale 17 marzo 1995 n. 89, in Foro It. 1995 I p. 1835, con nota di CERRIA.; e in Foro It. 1996, I, p. 477, con nota di DE ANGELIS

Corte Costituzionale, 10 Maggio 2005, n. 194

Corte Costituzionale con sentenza del 13 luglio 2000 n. 276

Corte di Giustizia (01/10/2002, C-167/00, Henkel), su Int'Lis 2004,1,19, con nota di GARDELLA, Giurisdizione su illeciti senza danno: l'applicazione dell'art. 5, n. 3, Conv. Bruxelles alle azioni preventive

Cassazione, 02 febbraio 2007, n. 2305, in Resp. Civ. prev., 2007, p. 1605 ss.

Cassazione 14 Settembre 2004 n. 1853, in Giust. Civ. Mass. 2004 f. 9

Cassazione 21 Marzo 2003 n. 4206, in Giust. Civ. 2003, I, 1513

Cassazione civile, sez. I, 15 marzo 2005, n. 5570

Cassazione 18 maggio 2006 n. 11732

Cassazione civile, ordinanza 25 giugno-21 settembre 2009,
n. 20324, su www.altalex.com

Cassazione civile, n. 8711 del 1999

Cassazione civile , n. 8795 del 2000

Cassazione civile, 28 ottobre 1986, n. 6311

Cassazione civile, 25 giugno 1983, n. 4364

Cassazione civile, 20 marzo 1974, n. 770

Cassazione civile, 26 gennaio 1988, n. 664

Corte Appello Torino ord. n. 1787/11

Corte d'appello di Torino del 27 ottobre 2010

Trib. Napoli, 03/02/2005

Trib. Pisa 22 settembre 2007 n. 404

Trib. Pordenone 23 giugno 2007

Trib. Rovereto 18 aprile 2007

Tribunale di Milano del 20/12/2012

General Mills Oat Cereal Consumer Litigation, 94 CH
06208 (Cir.Ct.Cook County)

New Castle v. Yonkers Contracting Co., 131 F.R.D. 38, 40
(D.N.J. 1990)

Security class action In re Parmalat Securities Litigation,
No. 04 Civ. 0030 (LAK) (S.D.N.Y.)

INDIRIZZI INTERNET

www.uscourts.gov/library/InternationalBook-FEDCTS2_it.pdf.

www.microsoftalsettlement.com.