



La class action all'italiana: alcuni spunti critici in attesa del preannunciato intervento di restyling

Francesco Tedioli

Avvocato e Cultore di Diritto processuale civile

a) L'azione collettiva risarcitoria

La legge finanziaria 2008 ha introdotto nel nostro ordinamento l'azione collettiva, con funzione risarcitoria o restitutoria, a tutela di interessi individuali omogenei. Lo strumento, nell'intenzione del legislatore, dovrebbe rendere più efficace, veloce ed economica la soluzione delle controversie seriali.

b) Non si tratta di una class action né di una tipica azione collettiva

L'istituto previsto dall'art. 140 *bis* c. cons. non è la "class action" adottata nei paesi anglosassoni. Tra le numerose differenze con il modello nordamericano spiccano il mancato riconoscimento della legittimazione individuale a proporre l'azione nell'interesse della classe, nonché l'impossibilità per l'ente rappresentativo di dedurre automaticamente in giudizio i diritti individuali, con potere di rappresentanza diretta e presunta di tutti i membri del gruppo. Il nuovo strumento neppure è assimilabile ad un'azione collettiva tipica, perché la domanda non è volta a tutelare interessi collettivi, ma individuali omogenei.

c) Limiti oggettivi e soggettivi di applicazione

La norma tutela esclusivamente i consumatori e gli utenti. Restano, invece, escluse le imprese ed i soggetti che non abbiano un rapporto negoziale con il professionista convenuto. L'illecito fonte di danno deve essere seriale e plurioffensivo e, comunque, rientrare in una delle astratte categorie contemplate nell'art. 140 *bis* c. cons.

d) Conclusioni

Ad una valutazione complessiva emergono aspetti che si lasciano apprezzare criticamente: il vizio più grave della nuova disciplina è rappresentato dalla struttura bifasica del processo. Ad un primo giudizio per l'accertamento dell'illecito, che si conclude con una mera statuizione di principio, nella maggior parte dei casi ne seguirà un secondo, introdotto dai singoli consumatori che non abbiano trovato un accordo con l'impresa, per ottenere la quantificazione e la liquidazione del proprio danno.

SINTESI

» SOMMARIO

1. Notazioni introduttive
2. Le ragioni ispiratrici dell'intervento del legislatore
3. La natura del nuovo strumento processuale: né class action né una tipica azione collettiva ma figura ibrida
4. L'oggetto dell'azione: ambito soggettivo e diritti tutelabili
5. La legittimazione ad agire
6. L'adesione
7. L'intervento
8. Il filtro giudiziale e lo svolgimento del giudizio
9. La natura della pronuncia collegiale
10. L'eventuale fase conciliativa
11. Osservazioni conclusive

1. Notazioni introduttive

L'art. 2, co. 446-449, l. 24.12.2007, n. 244 (legge finanziaria 2008) introduce nel nostro ordinamento giuridico, e più precisamente nell'art. 140 *bis* c. cons., lo strumento processuale dell'azione collettiva risarcitoria⁽¹⁾, con l'obiettivo di fornire una tutela giurisdizionale rispetto agli illeciti contrattuali o extracontrattuali produttivi di danni nei confronti di una pluralità di utenti o consumatori.

Il testo della norma, che molti hanno criticato sotto il profilo tecnico⁽²⁾, riprende in larga misura quello di un'analoga disposizione contenuta nel disegno di legge Bersani⁽³⁾, il cui impianto, però, risulta notevolmente peggiorato dall'uso improprio di termini giuridici e dai notevoli "tagli", frutto di compromessi dell'ultima ora⁽⁴⁾.

Questa nuova azione risarcitoria si articola in due fasi: nella prima, le associazioni di cui all'art. 139 c. cons. e quelle che, insieme ai comitati nati *ad hoc*, sono «adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere», agiscono in giudizio contro un'impresa che, con un comportamento illecito, abbia leso i diritti di una pluralità di consumatori o utenti. Il Tribunale del luogo in cui la convenuta ha la sede⁽⁵⁾, sentite in prima udienza le parti ed assunte quando occorra sommarie informazioni, statuisce collegialmente sull'ammissibilità della domanda con un'ordinanza reclamabile avanti la Corte d'Appello. Il giudizio a cognizione piena prosegue, poi, con una distinta ed autonoma udienza di trattazione *ex art. 183 c.p.c.* In caso di accoglimento della domanda la controversia si

conclude con una sentenza che accerta l'illiceità del comportamento denunciato, la responsabilità dell'impresa e dichiara la sussistenza del diritto al risarcimento del danno o alla restituzione delle somme in favore dei singoli consumatori aderenti all'azione o intervenuti in causa. La pronuncia indica, inoltre, i criteri in base ai quali dovranno essere determinati gli importi da liquidare o da restituire a coloro che abbiano deciso di essere soggetti all'esito del giudizio.

Nella seconda fase, invece, la legittimazione non appartiene più all'ente esponenziale ma al singolo danneggiato. Nel termine di sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa può proporre, a ciascun avente diritto, il pagamento di una somma. Se la proposta non viene formulata o non viene accettata, i consumatori possono tentare la conciliazione giudiziale nell'ambito di una Camera appositamente costituita dal Presidente presso il Tribunale competente. In alternativa, su richiesta del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta, la composizione non contenziosa ha luogo avanti uno degli organismi di conciliazione di cui all'art. 38, d.lg. n. 5/2003. I singoli consumatori o utenti possono, comunque, dar corso immediatamente all'azione giudiziale per la liquidazione dei danni loro arrecati.

Quanto all'efficacia delle nuove norme, questa si produrrà una volta decorso un anno dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria e quindi dal 1°1.2009⁽⁶⁾. In assenza di una disciplina transitoria, trattandosi di norme processuali e non sostanziali,

(1) Per un primo commento cfr. BRIGUGLIO, *Venti domande e venti risposte sulla nuova azione collettiva risarcitoria*, in www.judicium.it; G. FINOCCHIARO, *Class action: una chance per i consumatori*, in *Guida dir.*, 2008, 5, XXI-XXVII; BOVE, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, *ivi*, 4, 11-12; e, sul testo approvato il 15.12.2007 al Senato, ID., *Class action: professionisti e consumatori meritano una legislazione più equilibrata*, *ivi*, 2007, 47, 11-12; CAPIELLO, *Una svolta per le cause risarcitorie ma occorrono ancora "aggiustamenti"*, in *Resp. e risarcimento*, 2008, 1, 18 ss.; S. MANTOVANI, *L'azione collettiva risarcitoria*, in www.filodiritto.com; MENCHINI, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in www.judicium.it; ID., *Azioni seriali e tutela giurisdizionale: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, *ivi*; COMANDE, *Uso distorto dell'azione collettiva diventa un boomerang per il cittadino*, in *Resp. e risarcimento*, 2008, 2, 8 ss.; CONSOLO, *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'inutile precauzione")*, in *Corriere giur.*, 2008, 5 ss.; BUFFONE, *Class Action italiana: azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori (art. 2, comma 445, Legge Finanziaria 2008)*. *Ferma la finalità risarcitoria. Respinta l'idea della punizione e della sanzione del responsabile civile*, in www.altalex.com; BIANCHI, *Istituita l'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori*, in www.ipsoa.it. A commento delle varie proposte di legge sulla tutela collettiva: COSTANTINO, *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, in *Foro it.*, 2007, V, 140-148; COMOGGIO, *Aspetti processuali della tutela del consumatore*, in *Riv. dir. processuale*, 2007, 307-324; ZUDDAS, *Profili di operatività dell'azione inibitoria collettiva*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1458; DE SANTIS, *I disegni di legge italiani sulla tutela degli interessi collettivi e il "Class Action Fair of 2005"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 601-624; DE CASTELLO, *Azione collettiva risarcitoria (Class action): quale modello adottare in Italia?*, in *Diret. lavoro Marche*, 2007, 26 ss.; ATELLI, *Class action: profili concernenti la legittimazione ad agire*, in *Resp. civ.*, 2008,

285 ss.; FANTETTI, *Il danno da fumo e la recente normativa in tema di class action*, *ivi*, 2008, 210 ss.

(2) Per le critiche portate dal Consiglio Nazionale Forense e dal Codacons v. ADDUCCI, *Azioni collettive risarcitorie e danno da fumo "attivo"*, in www.altalex.com; per quelle avanzate dall'Unione Triveneta dei Consigli dell'Ordine degli avvocati, in http://files.meetup.com/367722/06_11_11_Unione%20Triveneta%20Avvocati_resoconto%20riunione.pdf, con relative proposte di emendamenti.

(3) Si tratta del disegno di legge 3058/S/XIV, presentato al Senato il 22.7.2004, poi divenuto C1495 (2006), di origine interministeriale. Bisogna, inoltre, dar conto di una serie di proposte di legge che si sono susseguite nell'ultimo anno. Senza pretesa di completezza: la n. 1834 di iniziativa del deputato Pedica; la n. 1443 di iniziativa dei deputati Poretti e Capezzone; la n. 1330 di iniziativa del senatore Fabris (tutte proposte chiaramente ispirate al modello nordamericano); la proposta di legge di iniziativa dei ministri Bersani e Mastella; la n. 1662 di iniziativa del deputato Buemi e altri, la n. 679 di iniziativa del senatore Benvenuto (tutte proposte che si limitano a segnare un'evoluzione dell'azione inibitoria già presente per il nostro ordinamento nell'art. 140 c. cons.) nonché la n. 1289 di iniziativa dei deputati Maran e altri.

(4) Per una lettura del contesto parlamentare in cui si è formato il testo legislativo e delle variopinte opinioni dei vari gruppi parlamentari, in www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=15&id=292555.

(5) Il foro esclusivo del consumatore (art. 63 c. cons.) torna ad applicarsi in tutte le cause individuali eventualmente promosse a seguito dell'azione di gruppo. Anche le azioni individuali dei consumatori promosse in pendenza dell'azione collettiva e fondate sullo stesso fatto illecito vanno proposte dinanzi al giudice in cui ha la residenza o il domicilio il consumatore. Se l'impresa convenuta ha la propria sede principale all'estero, ma una sede secondaria o una succursale in Italia, il foro competente è quello del luogo in cui è situata la sede (secondaria o la succursale) in Italia.

(6) Il termine, inizialmente previsto al 29.6.2008, è stato, così,

L'azione risarcitoria si articola in due fasi: una collettiva di accertamento ed una individuale di completamento

esse si applicheranno anche per le obbligazioni nascenti da atti o fatti precedentemente verificatisi⁽⁷⁾.

2. Le ragioni ispiratrici dell'intervento del legislatore

Per comprendere la *ratio* dell'introduzione di questo nuovo istituto, occorre muovere dalla constatazione che, secondo un principio di esperienza comune, nella maggior parte dei casi nei quali i consumatori subiscono la lesione di un proprio diritto⁽⁸⁾, essi rinuncino ad avvalersi della tutela giurisdizionale. Ciò accade sia per l'esiguità dei danni subiti o della pretesa azionata (talché si parla di "small claims"), sia per la maggiore forza economica del professionista rispetto al soggetto che ha subito la lesione: ne consegue che i costi necessari per l'ordinario accesso alla giustizia (accompagnati dall'alea propria di ogni giudizio nonché dalla nota e spropositata lunghezza dei processi civili) risultano essere, di regola, assolutamente superiori ai benefici che ne potrebbero derivare.

Proprio alla luce di tale rilievo, sin dagli anni '70⁽⁹⁾ si è cercato di creare un mezzo di tutela più effettivo, economico e semplice, per la soluzione delle controversie seriali: un'azione estranea ai meccanismi ordinari del processo litisconsortile che altrimenti genererebbe giudizi con centinaia o migliaia di parti⁽¹⁰⁾. In questa prospettiva, è opinione comune che un'azione risarcitoria seriale dovrebbe contemporaneamente e garantire il soddisfacimento di tre interessi fon-

damentali: quello dei danneggiati ad ottenere una tutela efficace, quello del danneggiante alla predefinizione dei danni, quello del sistema giudiziario a realizzare una deflazione del contenzioso seriale⁽¹¹⁾. In particolare, per quanto concerne l'ultimo degli obiettivi menzionati, esso può essere perseguito con qualche probabilità di successo solo mediante uno strumento processuale che svolga anche una funzione di deterrenza e stimoli comportamenti virtuosi degli operatori. Diversamente, le imprese, non avvertendo il rischio di potenziali iniziative giudiziarie, avrebbero deboli motivazioni a rispettare le disposizioni normative e regole di condotta improntate a lealtà e correttezza nelle relazioni economiche.

3. La natura del nuovo strumento processuale: né class action né una tipica azione collettiva ma figura ibrida

Nonostante il continuo richiamo al termine «class action» da parte degli stessi relatori, dei primi commentatori e di gran parte della stampa⁽¹²⁾, l'art. 140 *bis* c. cons. non introduce in Italia lo stesso strumento processuale adottato negli ordinamenti di common law.

Al riguardo, va ricordato, in estrema sintesi, che negli Stati Uniti d'America la class action⁽¹³⁾ può essere esperita quando il convenuto (normalmente imprenditore) con un illecito o una serie di analoghi illeciti, contrattuali o extracontrattuali, abbia

L'azione di classe risarcitoria o restitutoria dovrebbe essere uno strumento più efficace, veloce ed economico per risolvere le controversie seriali

prorogato dall'art. 36, d.l. n. 112/2008, «anche al fine di individuare e coordinare specifici strumenti di tutela risarcitoria collettiva, anche in forma specifica, nei confronti delle pubbliche amministrazioni».

⁽⁷⁾ A favore della retroattività BOVE, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, cit., 11-12; PAURA, *Le azioni collettive (class action) tra formazioni sociali e solidarietà*, in www.ibrademp.org.br/img/User-Files/File/LE%20AZIONI%20COLLETTIVE.pdf; AMBROSI e BASILE, *Prove tecniche di introduzione delle class action - Prime riflessioni*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 85 ss.

⁽⁸⁾ Ci si riferisce, in particolare, ai mass torts o sinistri di massa generati da un fatto illecito comune che colpisce un'intera classe o categoria di persone indeterminate. In questa categoria si possono collocare i danni collegati all'esercizio di attività finanziaria, quelli da responsabilità per vendita di beni di consumo difettosi, quelli all'integrità fisica (danni da fumo, da sostanze tossiche, da disastro ambientale). Sul tema, PONZANELLI, *Alcuni profili del risarcimento del danno nel contenzioso di massa*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 327 ss. Il concetto di "mass torts" è ben focalizzato da GIUSSANI, *Mass torts e tutela giurisdizionale: modelli di azione giudiziaria collettiva a confronto sotto il profilo della efficienza economica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, 309 ss., secondo cui tale figura ricorre in presenza di «illeciti civili forieri di danni nei confronti di ampie pluralità di soggetti: la situazione di vantaggio a contenuto risarcitorio riferibile al danneggiato si caratterizza pertanto per il suo isomorfismo rispetto a un gran numero di altri soggetti».

⁽⁹⁾ Gli scritti di Mauro Cappelletti risalgono agli anni 1974-1975. In particolare, in *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in *Riv. dir. processuale*, 1975, 365, l'Autore, dopo aver enunciato alcuni esempi di mass torts, afferma che «le singole persone lese si trovano spesso in una situazione inadeguata ad ottenere la tutela giurisdizionale contro il pregiudizio individualmente subito: esse possono addirittura ignorare i loro diritti; oppure le loro pretese individuali possono essere troppo limitate per indurle ad agire in giudizio, e il rischio di incorrere in grossi costi processuali può essere sproporzionato rispetto al risarcimento eventualmente ottenibile».

⁽¹⁰⁾ Si pensi al Mammut - Prozess generato dalla vicenda della Deutsche Telekom, che ha coinvolto avanti il Tribunale di Francoforte oltre 17 mila investitori, ovvero alle oltre 15.000 cause, di importi modesti, per interruzione del servizio elettrico (c.d. black-out), conseguenti all'interruzione dell'energia nazionale del 28.9.2003.

⁽¹¹⁾ Più diffusamente, FAISSOLA, *I progetti di legge sull'introduzione della class action*, in *Bancaria*, 2007, 4, 2 e CONSOLO, *Fra nuovi riti civili e riscoperta delle class actions, alla ricerca di una «giusta» efficienza*, in *Corriere giur.*, 2004, 565.

⁽¹²⁾ *Ex multis*, BUFACCHI, *Critiche delle imprese al Ddl sulla class action*, in *Sole 24 Ore*, 7.3.2007, 35.

⁽¹³⁾ La norma di riferimento è rappresentata dalla U.S. Rule 23 delle Federal Rules of Civil Procedure, consultabile su www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm. Essa è stata introdotta nel 1966 e da allora, pur avendo subito numerose modifiche, la principale delle quali nel 1995 con il Private Securities Litigation Reform Act (a sua volta modificato dal Securities Litigation Uniform Standards Act del 1998), ha conservato sostanzialmente immutato l'impianto di fondo. La letteratura sulle class actions è sterminata; tra i più importanti saggi italiani, si segnalano, TARUFFO, *I limiti soggettivi del giudicato e le class actions*, in *Riv. dir. processuale*, 1969, 609 ss.; DONDI, *Funzione remedial delle injunctive class actions*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 245 ss.; CONSOLO, *Class actions fuori dagli U.S.A.? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 610 ss.; Id., *Class actions fuori dagli U.S.A.: qualcosa si muove anche alle nostre (ex-) frontiere settentrionali almeno quanto al "case management"*, in *Int'l lis*, 2006, I, 38 ss.; GIUSSANI, *Studi sulle Class actions*, Padova, 1996, 63 ss.; FAVA, *Class actions all'italiana "Paese che vai, usanza che trovi"*, in *Corriere giur.*, 2004, 397 ss., con riferimenti anche alla legislazione canadese, australiana, inglese; GIUGGIOLI, *Class action e azione di gruppo*, Padova, 2006, 3 ss.; BELLINI, *Class actions e mercato finanziario: l'esperienza nordamericana*, in *Danno e resp.*, 2005, 817 ss.; CONSOLO e RIZZARDO, *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 891 ss.

L'art. 140 bis
c. cons. non
introduce in Italia
lo stesso
strumento
processuale
adottato negli Stati
Uniti d'America

violato i diritti di una moltitudine di soggetti ("la classe"), ognuno dei quali può agire individualmente per ottenere, a seconda dei casi, la cessazione del comportamento lesivo, il risarcimento dei danni oppure la restituzione delle somme corrisposte.

In presenza di tali presupposti ciascuno dei soggetti lesi può agire in giudizio come rappresentante dell'intera classe, ossia per conto («on behalf») di tutti coloro che siano stati danneggiati dal medesimo comportamento illecito, senza il concorso della volontà degli altri e senza bisogno del conferimento di alcun mandato.

La procedibilità della domanda è legata ad un «order» del giudice che ne effettua la «certification»⁽¹⁴⁾ verificando l'esistenza dei presupposti richiesti dalla legge, quali «numerosity», «commonality», «typicality», «fairness» e «adequacy»⁽¹⁵⁾. La Corte qualifica, poi, il tipo di azione esperita⁽¹⁶⁾, definisce la composizione della classe e dispone che sia data comunicazione, attraverso mezzi idonei, della pendenza dell'azione.

La sentenza – sia di accoglimento che di rigetto – ovvero l'accordo transattivo (settlement) stipulato producono effetti direttamente a favore o a sfavore degli appartenenti alla classe, pur se rimasti estranei al giudizio stesso. Questa estensione soggettiva del giudicato non è mai assoluta. Nell'ordinamento nord americano opera solo a favore o contro i soggetti che, entro un certo termine, non abbiano espressamente dichiarato di volersi dissociare dall'azione collettiva (opt out); in altri ordinamenti avvantaggia o colpisce unicamente coloro che vi abbiano espressamente aderito (opt in). La sentenza ha identico contenuto per tutti, poiché le posizioni giuridiche strettamente individuali perdono rilevanza. In caso di accoglimento della domanda di classe, la somma complessiva conseguita è, pertanto, ripartita tra i singoli componenti secondo le quote di spettanza ovvero in modo percentuale, nel

caso in cui essa risulti insufficiente a soddisfare le pretese di tutti gli interessati.

Una volta illustrate le linee salienti della class action negli Stati Uniti d'America, passiamo, ora, ad analizzare la scelta operata dal nostro legislatore, confrontandola con l'esperienza nordamericana.

Ebbene, a tale proposito va subito detto che l'istituto previsto all'art. 140 bis c. cons. mutua dalla class action solo alcuni profili: precisamente, la funzione risarcitoria o restitutoria dell'azione, i diritti oggetto di tutela, l'idea (e solo quella) del preventivo vaglio di ammissibilità della domanda, nonché altri aspetti marginali.

Di contro, le differenze rispetto al modello nordamericano sono indubbiamente numerose e importanti; tra queste assumono particolare rilievo il mancato riconoscimento della legittimazione individuale a proporre l'azione nell'interesse anche di tutti coloro che siano stati lesi dal medesimo comportamento illecito, nonché l'impossibilità per l'ente rappresentativo di dedurre automaticamente in giudizio i diritti individuali, con potere di rappresentanza diretta e presunta di tutti i membri del gruppo⁽¹⁷⁾. Questa scelta del nostro legislatore comporta che alla domanda non consegua un unico processo, ma che l'azione possa essere introdotta più volte sia a livello individuale che da altri enti rappresentativi. Tale opzione pare motivata dall'esigenza di non violare il diritto di azione consacrato all'art. 24 Cost.⁽¹⁸⁾, nonché con il principio della domanda (artt. 2907 c.c. e 99 c.p.c.), alla luce dei quali il nostro ordinamento conferisce, di regola, il diritto di agire in giudizio esclusivamente a chi si afferma titolare della posizione di vantaggio. La tutela, inoltre, non riguarda le pretese dell'intera classe, ma solo di quei soli soggetti che abbiano deciso di avvalersi dell'azione collettiva, manifestando la volontà di aderirvi⁽¹⁹⁾ nelle forme e nei modi prescritti dal 2° co.

⁽¹⁴⁾ Una sorta di autorizzazione a procedere in forma rappresentativa.

⁽¹⁵⁾ Tali requisiti sono contemplati nella subdivision a) "Pre-requisites", secondo cui: «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».

⁽¹⁶⁾ Ai sensi della subdivision b) "Types of Class Actions", occorre che: «(1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests; (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any que-

stions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy».

⁽¹⁷⁾ È il cosiddetto sistema di "opt-out".

⁽¹⁸⁾ Per l'incostituzionalità dell'applicazione in Italia della class action nordamericana, v. RESCIGNO, *Sulla compatibilità tra il modello processuale delle class actions ed i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Giur. it.*, 2000, 2224 ss.; R. LENER, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano del mercato finanziario*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 269 ss.; CHIARLONI, *La tutela dei risparmiatori alla luce delle recenti iniziative legislative*, *ivi*, 2006, 1114 ss., spec. 1118-1119. Questa posizione dottrinale ritiene, infatti, che nel nostro ordinamento esista una marcata distinzione tra interesse individuale del singolo ed interesse ultraindividuale del gruppo organizzato. Ostanto, inoltre, al recepimento del modello nordamericano, il principio del contraddittorio, quello dispositivo, il principio della notifica per pubblici proclami, le norme di deontologia professionale che regolano l'attività degli avvocati, la sottomissione del giudice alla legge e la sua ridotta discrezionalità nell'esercizio delle proprie funzioni, rispetto al giudice di common law, il diritto alla difesa e l'integrità del contraddittorio, quali principi di ordine pubblico e, soprattutto, l'estensione soggettiva del giudicato.

⁽¹⁹⁾ Il sistema non è dissimile, sotto questo aspetto, dal modello francese. Sul punto, GAMBINERI, *Modelli europei di tutela*

Il rispetto del sistema costituzionale è, inoltre, garantito dal riconoscimento del diritto individuale ad agire in giudizio come strada alternativa all'azione collettiva, dalla facoltà di intervento nel giudizio introdotto dall'ente rappresentativo, dalla liquidazione individuale del danno⁽²⁰⁾ e da un inedito sistema di "opt-in", del quale tornerò a parlare nel par. 7.

Il nuovo strumento processuale neppure è assimilabile ad un'azione collettiva tipica⁽²¹⁾ (come, ad esempio, è quella contemplata dall'art. 140 c. cons.)⁽²²⁾, perché la domanda non è volta a tutelare interessi collettivi (anche se questo termine è più volte e impropriamente utilizzato nel testo di legge)⁽²³⁾. Essa, piuttosto, consente di far valere in un unico processo una pluralità di diritti individuali omogenei o isomorfi⁽²⁴⁾, che trovano origine da un'unica condotta illecita.

Per meglio comprendere la differenza tra le situazioni soggettive appena ricordate, bisogna ricordare che gli interessi collettivi sono quelli transindividuali di natura indivisibile di cui è titolare un gruppo, una categoria o una classe (determinata o per lo meno determinabile) di persone collegate tra di loro da un'identica relazione giuridica base e non solo da mere circostanze di fatto⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾.

Al riguardo, si può pensare alla tutela dell'ambiente

e della salute nei rapporti di vicinato o nei luoghi di lavoro, all'annullamento delle clausole vessatorie, alla cessazione della pubblicità ingannevole, all'inibitoria dal commercio e alla distruzione dei prodotti dannosi.

Interessi individuali omogenei⁽²⁷⁾ sono, invece, quelli divisibili, passibili di essere attribuiti a ogni singolo interessato (nella misura che spetta a ciascuno di loro)⁽²⁸⁾. Essi, avendo origine comune, sono trattati collettivamente⁽²⁹⁾.

In questa categoria si è soliti annoverare, ad esempio, quelli al risarcimento del danno o alla restituzione del prezzo vantati da ciascun consumatore nei confronti delle compagnie assicuratrici che, attraverso un cartello, abbiano concordato di tenere artificiosamente alti i prezzi praticati. In tale ipotesi i soggetti lesi possono dar corso ad un'azione seriale fondata su un fatto costitutivo comune a tutte le fattispecie: l'illecito antitrust⁽³⁰⁾.

Da una parte, quindi, l'azione collettiva tipica tutela l'interesse superindividuale di cui sono titolari taluni enti esponenziali o organismi pubblici, ai quali il diritto d'azione è attribuito in via esclusiva, e si chiude con una misura inibitoria o eventualmente ripristinatoria a vantaggio dell'interesse collettivo⁽³¹⁾. Dall'altra, il nuovo strumento protegge le pretese

Si tratta di un'azione collettiva con funzione risarcitoria o restitutoria a tutela di interessi individuali omogenei

collettiva nel processo civile: l'esperienza francese, in *Le azioni di classe*, Napoli, 2008, 141 ss.

⁽²⁰⁾ Anche nella fase di conciliazione stragiudiziale è sempre necessario il consenso del singolo consumatore o utente.

⁽²¹⁾ Un'attenta distinzione tra azioni di classe e azioni collettive è effettuata da CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, in *Riv. dir. processuale*, 2007, 567 ss.

⁽²²⁾ Ai sensi dell'art. 140 c. cons. le associazioni dei consumatori e degli utenti di cui all'art. 137 c. cons. possono chiedere l'inibitoria di atti e comportamenti lesivi degli interessi di gruppo, ottenere le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi provocati dalle violazioni accertate e l'eventuale pubblicazione del provvedimento giudiziario su uno o più quotidiani.

⁽²³⁾ Ricorre, ad esempio, laddove si attribuisce la legittimazione anche alle associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere ovvero laddove si prevede che la domanda è dichiarata inammissibile se il giudice non ravvisa l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela. BERTUCCI e MORETTI, *Class action all'amatriciana. Dubbi e perplessità. Come agire*, in *www.aduc.it*, sottolineano come il legislatore non abbia inteso il termine in senso tecnico giuridico, ma vi abbia ricompreso più genericamente ogni interesse leso che faccia capo ad una pluralità di soggetti.

⁽²⁴⁾ Il termine è utilizzato da MENCHINI nelle seguenti opere: *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, cit. e più diffusamente *Le azioni seriali*, in *Quaderni de Il giusto processo civile*, Napoli, 2008; e *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, ivi, 55 ss., specie 65 ss. *Contra*, BOVE, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze più mature*, cit., 12, per il quale i diritti individuali non sono mai oggetto del giudizio, che resta limitato all'accertamento dell'illecito, ancorché il giudice debba, in caso di accoglimento della domanda, definire i criteri per la liquidazione delle somme agli aderenti.

⁽²⁵⁾ Così accade, ad esempio, per gli interessi diffusi.

⁽²⁶⁾ Secondo PASSARELLI, in VIGORITI, *Interessi collettivi e processo*, Milano, 1979, l'interesse collettivo non è la somma di interessi individuali, ma la loro combinazione ed è indivisibile nel senso che viene soddisfatto non già da più beni atti ad appagare i bisogni individuali, ma da un unico bene atto a soddisfare il bisogno della collettività. In tema v. anche PETRILLO, *Brevi considerazioni sulla tutela degli interessi collettivi*, in *www.judicium.it*; e TARZIA, *Le associazioni di categoria nei processi con rilevanza collettiva*, in *Riv. dir. processuale*, 1987, 774 ss.

m.it.; e TARZIA, *Le associazioni di categoria nei processi con rilevanza collettiva*, in *Riv. dir. processuale*, 1987, 774 ss.

⁽²⁷⁾ In tema, diffusamente, BARROSO COSTA, *Ação civil publica na defesa do consumidor*, in *www.mp.ba.gov.br/atuacao/ceacon/doutrina/a_acao_civil_publica_defesa_consumidor.pdf*; e LISBÔA NEIVA, *Ações coletivas no direito Brasileiro: uma visão geral*, in *EMARF* 2005, 343-372.

⁽²⁸⁾ MENCHINI, *Azioni seriali e tutela giurisdizionale: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, cit., precisa che i «diritti individuali omogenei» presentano alcuni aspetti comuni, mentre altri elementi sono variabili da persona a persona; chiarisce, inoltre, che il contenzioso è definito «seriale» in quanto interessa un numero indefinito di liti, il cui esito dipende dalla risoluzione di un'unica questione di fatto o di diritto.

⁽²⁹⁾ Gli interessi individuali omogenei non sono accomunati da una medesima relazione giuridica, ma piuttosto da circostanze di fatto comuni. In questo aspetto sono assimilabili agli interessi diffusi, dai quali si differenziano per la loro divisibilità e per la possibilità di identificare i loro titolari, assente nei secondi.

⁽³⁰⁾ Su questa vicenda e sui problemi che ha posto, cfr. PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, in *Corriere giur.*, 2005, 337 ss.; LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, ivi, 2005, 1093 ss.; NEGRI, *Il lento cammino della tutela civile antitrust: luci ed ombre di un atteso grand arrêt*, ivi, 2005, 342 ss.

⁽³¹⁾ In passato, molte sono state le fattispecie in cui si è mostrato il problema della risarcibilità collettiva ed in unica soluzione dei diritti dei consumatori lesi da un singolo comportamento, contrattuale ovvero extracontrattuale, posto in essere da un professionista. La giurisprudenza (per una disamina IURILLI, *Il risarcimento del danno in forma collettiva*, in *Resp. civ.*, 2007, 198 ss.), accolta l'inibitoria richiesta dalle associazioni dei consumatori, nonché la richiesta di pubblicazione del provvedimento, non ha mai autorizzato il sequestro conservativo dei beni delle imprese convenute, ritenendo che tale tipologia di provvedimento dovesse considerarsi come strumento di tutela patrimoniale pronunciabile unicamente nei confronti di ciascun singolo creditore, previo accertamento, sia pure sommario, delle sue ragioni di credito. In nessun caso ha pronunciato una condanna che restituisse, ai clienti consumatori, le somme indebitamente percepite in virtù dell'applicazione di clausole abusive o quelle illegittimamente versate a titolo di interessi

L'art. 140 bis c. cons. non introduce un'azione generale a tutela di tutti i cittadini

personali (risarcitorie o restitutorie) a contenuto omogeneo degli utenti o dei consumatori e si chiude con una pronuncia che dovrebbe poter reintegrare le situazioni soggettive dei singoli lesi dal comportamento illecito plurioffensivo⁽³²⁾. La sentenza di accoglimento della domanda collettiva, infatti, può essere direttamente invocata nei diversi e successivi giudizi risarcitori promossi da ciascun consumatore nei confronti dell'identico convenuto responsabile. Un aspetto comune all'azione collettiva tipica (ed, in qualche misura, alla «Verbandsklage»)⁽³³⁾ è, invece, l'attribuzione della legittimazione ad agire ad un ente esponenziale. Anticipo che si tratta di una scelta criticabile poiché le associazioni possono ottenere risultati contro il professionista con azioni di tipo inibitorio, ma più difficilmente quando sono in gioco diritti risarcitori o restitutori⁽³⁴⁾. Nel giudizio collettivo non possono, infatti, trovare spazio accertamenti di tipo personale che mutano con riguardo ad ogni posizione. Il nesso causale, l'imputabilità e la colpa sono variabili da caso a caso; alcune voci di danno, la liquidazione degli importi da risarcire o da ripetere hanno carattere individuale e non sono le stesse riguardo a tutti i soggetti, in quanto sono parametriche sulla concreta lesione subita. Le nuove disposizioni processuali in commento, pertanto, rendono indispensabile che il singolo, se desidera avvalersi del risultato positivo dell'azione collettiva, agisca in via individuale allo scopo di ottenere la liquidazione del danno subito.

4. L'oggetto dell'azione: ambito soggettivo e diritti tutelabili

Il legislatore, in una sorta di "proemio" al testo dell'art. 140 bis c. cons., definisce l'azione collettiva risarcitoria «strumento generale di tutela»⁽³⁵⁾. Tale definizione appare eccessivamente enfatica: in questo paragrafo si vedrà, infatti, come tale azione possa essere esercitata solo entro notevoli limiti soggettivi ed oggettivi.

anatocistici. In tema, NIVARRA, *La tutela dei consumatori e l'anatocismo bancario*, in *Corriere giur.*, 2005, 1127 ss.; e CONTI, *Anatocismo bancario e inibitoria collettiva. Una sentenza consumerista*, *ivi*, 2006, 1275 ss.

⁽³²⁾ In tema, diffusamente, BALENA, *Aspetti processuali della tutela dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 565.

⁽³³⁾ La «Verbandsklage», alla cui proposizione sono legittimati enti a rilevanza collettiva, concerne esclusivamente la questione comune; il giudice si limita a verificare la liceità o meno dell'atto o del comportamento denunciato, prescindendo del tutto dalla cognizione e dalla valutazione dei diritti dei singoli. L'oggetto ed il contenuto dell'azione collettiva non coincidono con l'oggetto ed il contenuto di quella individuale: la prima risolve soltanto la questione interpretativa o di fatto a rilevanza collettiva (ad esempio, qualifica come illecita la condotta) ed è di tipo meramente inibitorio; la seconda tutela i diritti individuali lesi e dispone le ordinarie misure risarcitorie o restitutorie. Per un'analisi dell'istituto, KOCH, *Die Verbandsklage in Europa*, in *ZZP*, 2000, 413 ss.; e, più di recente, CAPPONI, *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*, in *www.judicium.it*, sub cap. 11, *Verbandsklage: profili generali*.

⁽³⁴⁾ Si veda BOVE, *Class action: professionisti e consumatori meritano una legislazione più equilibrata*, *cit.*, 11.

Il giudizio *de quo*, infatti, è volto ad accertare il diritto al risarcimento del danno⁽³⁶⁾ e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 c.c., 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.

La norma tutela, pertanto, esclusivamente le persone fisiche che agiscono «per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta»⁽³⁷⁾. Nella nozione di consumatori o utenti rientrano anche categorie più specifiche quali i risparmiatori, gli assicurati, gli investitori non professionali, mentre ne restano esclusi tutti coloro che, pur avendo riportato un danno dall'atto illecito del professionista, non hanno alcun collegamento negoziale con lo stesso⁽³⁸⁾. In tale prospettiva, dunque, l'azione collettiva risarcitoria rimane preclusa, per esempio, a coloro che, abitando nelle vicinanze di uno stabilimento chimico, abbiano subito un danno a seguito della fuoriuscita nell'aria di gas tossici⁽³⁹⁾. Neppure sono tutelati i soggetti che, pur avendo subito gli stessi pregiudizi del consumatore, abbiano contrattato con l'impresa nell'esercizio della loro attività imprenditoriale o professionale⁽⁴⁰⁾. Mi riferisco, ad esempio, agli oltre 1600 operatori commerciali di due popolari quartieri di Napoli che sono stati danneggiati dalla mancata raccolta dei rifiuti e hanno preannunciato di voler promuovere una class action.

Venendo ora a considerare i limiti oggettivi dell'azione collettiva, il diritto a chiedere il pagamento di una somma di denaro⁽⁴¹⁾ può essere conseguenza di:

1) «atti illeciti extracontrattuali», cioè condotte lesive dei diritti soggettivi dei consumatori o utenti tenute anche al di fuori ed indipendentemente dal rapporto giuridico di consumo e/o utenza (ad es. danno da prodotto difettoso);

⁽³⁵⁾ Poiché i consumatori non sono le uniche vittime degli illeciti plurioffensivi, correttamente TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 530, critica quei progetti (ora confluiti in legge) che mirano esclusivamente ad introdurre forme di azione collettiva a tutela di questa categoria.

⁽³⁶⁾ Ipotesi tipica può essere considerata la responsabilità per danno da prodotti difettosi (di cui agli artt. 114 ss. c. cons.).

⁽³⁷⁾ La definizione è offerta dall'art. 3 c. cons.

⁽³⁸⁾ DE CASTELLO, *op. cit.*, 30 ss. porta l'esempio dei lavoratori o dei disabili.

⁽³⁹⁾ Conforme l'opinione di MENCHINI, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, *cit.*, che ne esclude l'applicabilità in caso di disastro ambientale; *idem*, AMBROSI e BASILE, *op. cit.*, 85 ss.

⁽⁴⁰⁾ In tema, PAURA, *op. cit.*

⁽⁴¹⁾ Secondo MENCHINI, *op. ult. cit.*, sarebbe possibile anche una tutela risarcitoria in forma specifica. A suo parere, poiché, di regola, la misura che reintegra la pluralità dei diritti individuali è unica, l'intera fase giurisdizionale si esaurirebbe con la sentenza (di condanna) collettiva, senza che vi sia la necessità della coda dei giudizi singoli a valle. Il rimedio di tipo collettivo, in queste fattispecie, si mostrerebbe particolarmente adatto a realizzare le esigenze di efficienza e di economia processuale che ne hanno suggerito l'introduzione.

2) «pratiche commerciali scorrette»⁽⁴²⁾, vale a dire comportamenti che, autonomamente considerati, potrebbero non essere giuridicamente rilevanti (la scorrettezza sembra non importare necessariamente una lesione della sfera giuridica altrui), ma che lo diventano soltanto a condizione che abbiano arrecato, in concreto, un pregiudizio ai diritti soggettivi dei consumatori o utenti;

3) «comportamenti anticoncorrenziali»⁽⁴³⁾, che si verificano, ad esempio, allorché i fornitori professionali di beni o servizi concludano accordi di cartello vietati dalla legge antitrust⁽⁴⁴⁾ al fine di tenere alti i prezzi per i consumatori o utenti finali⁽⁴⁵⁾.

La norma prevede, infine, senza alcuna specificazione in ordine al titolo della pretesa, la possibilità di agire per la «restituzione delle somme».

In ambito contrattuale emergono ulteriori limiti. Come attentamente sottolineato da uno dei primi commentatori del nuovo istituto⁽⁴⁶⁾, l'azione collettiva è irragionevolmente preclusa ai consumatori che non abbiano concluso un contratto standard, attraverso la sottoscrizione di **moduli o formulari** contenenti le «condizioni generali di contratto», funzionali a disciplinare in modo uniforme determinati rapporti commerciali (art. 1342 c.c.)⁽⁴⁷⁾. Così, per esempio, nel caso di danno derivante da prodotto difettoso, il consumatore che lo abbia acquistato via internet dopo aver compilato un modulo informatico potrà avvalersi dell'azione collettiva; mentre non potrà ricorrere a questa forma di tutela chi abbia acquistato il medesimo bene in un centro commerciale. Nello stesso modo non pare esperibile, a mio parere, l'azione collettiva più volte

paventata contro Poste italiane per i continui ritardi nella consegna della corrispondenza⁽⁴⁸⁾.

Ulteriore requisito che deve sussistere affinché si possa legittimamente ricorrere all'azione è costituito dalla necessità che siano stati lesi i «diritti di una pluralità di consumatori o di utenti». Nella consapevolezza della difficoltà di individuare normativamente l'elemento unificante tra le varie fattispecie, l'indagine sulla pluri-offensività è rimessa alla discrezionale valutazione del giudice. Il Tribunale deve vagliare anche la «non generalizzabilità» del caso portato alla sua attenzione. L'azione collettiva va esclusa, in applicazione di questo criterio, quando le modalità con cui si è verificata la lesione del diritto o la violazione del contratto non possono che esser valutate caso per caso. È, pertanto, inammissibile l'azione contro il call center di un gestore telefonico quando le sue inefficienze siano troppo diverse fra loro per poterne astrarre una categoria di inadempimento; è, invece, possibile se la medesima azienda pratica una tecnica commerciale scorretta «uniforme», quale, ad esempio, la pubblicità ingannevole sul proprio sito web.

L'azione collettiva è preclusa ai consumatori che non abbiano sottoscritto un contratto standard

5. La legittimazione ad agire

Legittimate ad agire, nell'interesse dei singoli consumatori, sono, in primo luogo, le 16 associazioni dei consumatori e degli utenti, rappresentative a livello nazionale⁽⁴⁹⁾, elencate nella lista tenuta presso il Ministero delle attività produttive (artt. 137-139 c. cons.)⁽⁵⁰⁾. Ad esse si affiancano le associazioni e i comitati che siano «adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere». Si

⁽⁴²⁾ L'art. 18 c. cons. definisce le «pratiche commerciali tra professionisti e consumatori» come qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

⁽⁴³⁾ La previsione costituisce una risposta legislativa alla nota sentenza **Cass., 9.12.2002, n. 17475**, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 359 ss., con nota di GUARNERI, *Il cartello degli assicuratori è fonte di danno per gli assicurati?*; in *Giust. civ.*, 2003, I, 2143 ss., con nota di TUFARELLI, *La Corte di cassazione di fronte al danno da illecito antitrust: un'occasione persa!*; in *Dir. & Formazione*, 2003, 1406 ss., con nota di G. CAPUTI, *Consumatori e antitrust: il punto di vista della Cassazione ed il successivo intervento legislativo*; in *Nuova giur. comm.*, 2003, I, 678 ss., con nota di SABBATELLI, *R.c. Auto: rimborsi e tutela dei consumatori*; e in *Dir. ind.*, 2003, 172 ss., con nota di COLANGELO, *Intese restrittive e legittimazione dei consumatori finali ex art. 33 legge antitrust*, che ha escluso la legittimazione dei consumatori a far valere pretese risarcitorie relative a danni ad essi cagionati da comportamenti anticoncorrenziali. La Suprema Corte, infatti, ha sostanzialmente distinto l'azione risarcitoria relativa ai rapporti tra imprese, per la quale è prevista dall'art. 33, l. n. 287/1990 la competenza funzionale della Corte d'Appello, dall'azione risarcitoria spettante al consumatore, qualificata come «un'ordinaria azione di responsabilità soggetta agli ordinari criteri di competenza».

⁽⁴⁴⁾ L. 10.10.1990, n. 287 («Norme per la tutela della concorrenza e del mercato»).

⁽⁴⁵⁾ Uno dei casi più noti in materia è quello dell'accordo tra le compagnie assicurative scoperto dall'Autorità garante del mercato e della concorrenza. L'evento ha determinato la modificazione dell'art. 113, 2° co., c.p.c. a opera del d.l. 8.2.2003, n. 18, convertito, con modificazioni, dalla l. 7.4.2003, n. 63, che ha escluso dalla decisione secondo equità le cause di minor valore economico di competenza del giudice di pace che abbiano ad

oggetto «rapporti contrattuali conclusi secondo le modalità di cui all'articolo 1342 del codice civile».

⁽⁴⁶⁾ Vedi G. FINOCCHIARO, *op. ult. cit.*, XXIV.

⁽⁴⁷⁾ Tali contratti sono peraltro comprensivi di quelli in materia di credito al consumo, rapporti bancari e assicurativi, strumenti finanziari, servizi di investimento e gestione collettiva del risparmio, purché lesivi dei diritti di una pluralità di consumatori o utenti.

⁽⁴⁸⁾ La stampa sta dando ampio risalto ad un'associazione di Buccinasco che ha messo a disposizione un numero di telefono per radunare tutti i cittadini e utenti che si sentono danneggiati dalla lentezza e dalla disorganizzazione di Poste Italiane minacciando di utilizzare l'azione collettiva.

⁽⁴⁹⁾ Alla data del 31.10.2006, risultano iscritte all'elenco di cui all'art. 137 c. cons., le seguenti associazioni di consumatori ed utenti: ACU - Associazione consumatori utenti; Adiconsum; ADOC - Associazione difesa orientamento consumatori; ADU-SBEF; Assoutenti; CTCU - Centro tutela consumatori utenti Verbraucherzentrale Sudtiro; Cittadinanzattiva; Codacons - Coordinamento delle associazioni per la tutela dell'ambiente e la difesa dei diritti di utenti e consumatori; Codici - Centro per i diritti del cittadino; Conconsumatori; Federconsumatori - Federazione nazionale di consumatori e utenti; La casa del consumatore; Lega consumatori; Movimento consumatori; Movimento difesa del cittadino; Unione nazionale consumatori.

⁽⁵⁰⁾ La scelta (se pure quando era ancora *de iure condendo*) è stata profondamente criticata da TARUFFO, *op. ult. cit.*, 534, per due ordini di motivi. In primo luogo, la legittimazione attribuita alle sole associazioni e neppure a tutte, ha l'effetto di limitare fortemente l'ambito dei possibili attori e, quindi, di ridurre la probabilità che l'azione venga davvero proposta. In secondo, si può verificare un conflitto di interessi che porta l'associazione a non proporre l'azione se questa non corrisponde ai suoi autonomi interessi, oppure a proporre l'azione anche se il vantaggio per i singoli è irrilevante.

I singoli consumatori non hanno la legittimazione ad agire in rappresentanza dell'intera classe di danneggiati

tratta di enti esponenziali a formazione spontanea e libera, costituiti anche *ad hoc* per agire in giudizio. A ragione della (possibile) mancanza di stabilità nella loro organizzazione, essi devono provare che rappresentano adeguatamente gli interessi di cui asseriscono essere portatori. La verifica spetta, poi, al giudice adito, al quale, però, non vengono offerte indicazioni precise sulle modalità e sui criteri che dovranno guidare la sua decisione⁽⁵¹⁾.

Dal punto di vista dei tempi e delle scansioni del nuovo processo, tale valutazione dovrebbe avvenire nell'ambito del giudizio preliminare di ammissibilità della domanda. Poiché, però, il 3° co. dell'art. 140 *bis* c. cons. nulla dice al riguardo, si profila la possibilità che la questione della legittimazione ad agire sia trattata in base alle norme generali, secondo cui la carenza del requisito è rilevabile in ogni stato e grado del processo. Questa interpretazione, tuttavia, si rivela alquanto pericolosa, perché, come sottolineato dalla più attenta dottrina, mantiene potenzialmente in vita una "vera mina vagante" per tutto il corso del giudizio⁽⁵²⁾.

Quanto, invece, all'oggetto delle verifiche che il collegio dovrà effettuare, è evidente che, a causa dell'estrema vaghezza della formula adottata, la questione della legittimazione risulta affidata al mero arbitrio dei giudici. Tale scelta legislativa appare poco convincente: in effetti, sarebbe stato meglio fissare criteri oggettivi per la valutazione dell'adeguata rappresentatività (quali, per esempio, un numero minimo di adesioni individuali), stabilendo, altresì, l'improcedibilità della domanda quale conseguenza del loro mancato rispetto. Non sembra ragionevole, infatti, attribuire ad un soggetto che non raccoglie alcun consenso il potere di chiedere l'accertamento di un illecito plurioffensivo. Ancora, e per concludere sul punto, a mio parere il giudice dovrebbe verificare l'effettiva rappresentatività dell'ente anche sotto il profilo della disponibilità delle

risorse finanziarie necessarie alla proposizione della lite ed all'eventuale rimborso delle spese legali in caso di soccombenza⁽⁵³⁾.

Come si è già avuto modo di vedere, l'art. 140 *bis* c. cons. non contempla alcuna legittimazione ad agire in capo ai singoli consumatori ed utenti danneggiati dall'illecito plurioffensivo. Questi ultimi possono avvalersi solo dei rimedi processuali tradizionali o intervenire nel giudizio iniziato dall'ente esponenziale. La circostanza che sia stata proposta l'azione collettiva non ha alcuna incidenza sulla possibilità per il singolo di promuovere l'azione individuale. L'eventuale rigetto dell'azione collettiva non preclude, inoltre, la possibilità che l'azione individuale autonomamente proposta in altro giudizio sia accolta e viceversa.

Quest'ultimo aspetto della disciplina del nuovo istituto richiede di essere approfondito, giacché condiziona la soluzione di una serie di questioni, prima tra tutte quella relativa all'efficacia della sentenza⁽⁵⁴⁾.

A tale proposito, va detto che i comitati e le associazioni hanno, in via esclusiva, il potere di far valere in giudizio (con i limiti oggettivi dello strumento in esame) non i diritti di tutti i consumatori ed utenti, ma solo di quelli che abbiano scelto di avvalersi del processo collettivo. Gli enti rappresentativi, pertanto, non agiscono a tutela di un interesse proprio, né di una classe o categoria, ma a tutela di una pluralità di uguali pretese risarcitorie collettivamente trattate in un unico giudizio. In altre parole, i soggetti dotati di legittimazione attiva non sono un sostituto processuale dei danneggiati (*ex art. 81 c.p.c.*) né agiscono in rappresentanza *ex lege* dei consumatori⁽⁵⁵⁾. Tali associazioni o comitati neppure sono dei rappresentanti volontari in forza di un mandato conferito loro da parte dei singoli⁽⁵⁶⁾. Essi operano in virtù di una legittimazione straordinaria ad agire⁽⁵⁷⁾ per conto di una pluralità di soggetti non determinati né determinabili. Il ruo-

⁽⁵¹⁾ In passato, con riferimento all'azione inibitoria *ex art. 1469 sexies c.c.*, la giurisprudenza ha valutato la sussistenza di un'adeguata rappresentatività sulla base dei seguenti criteri: i contenuti e le finalità di tutela dei consumatori presenti nello statuto dell'associazione; l'aver preso parte a organismi pubblici; il riconoscimento della rappresentatività da parte di altri giudici. Il problema della rappresentatività, a mio parere, opera in modo differenziato per le associazioni che si occupano già di tutela dei consumatori e per i comitati preesistenti rispetto a quelli creati appositamente per promuovere la class action. In relazione ai primi sarà più semplice per il giudice valutarne i requisiti, verificandone l'operato, la storia e la possibilità di raggiungere con i propri mezzi un numero molto ampio di persone. I comitati costituiti *ad hoc* devono, invece, provare in maniera più pregnante la propria rappresentatività. Se portano in giudizio un problema locale, dovranno dimostrare di aver coinvolto l'utenza (ad esempio sui quotidiani) ed evidenziare la portata della questione fra i consumatori.

⁽⁵²⁾ Cfr. BOVE, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, cit., 11.

⁽⁵³⁾ Vedi MARENGO, *Garanzie processuali e tutela dei consumatori*, Torino, 2007, 198.

⁽⁵⁴⁾ Così, VIGORITI, *Impossibile la class action in Italia? Attualità del pensiero di Mauro Cappelletti*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 34.

⁽⁵⁵⁾ *Contra* MENCHINI, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, cit., secondo cui il ruolo di parte in senso formale è

assunto dall'associazione, la quale agisce in rappresentanza dei consumatori; il difensore è scelto dall'ente e risponde esclusivamente a tale soggetto. Parti sostanziali sono, tuttavia, i consumatori, in quanto i loro diritti sono oggetto dell'accertamento. Negli atti processuali devono, pertanto, essere individuati in modo specifico i nomi e gli estremi identificativi di coloro che partecipano al giudizio collettivo.

⁽⁵⁶⁾ Se si sposasse la tesi del mandato (in dottrina, MENCHINI, *op. ult. cit.*) si aprirebbe la strada ad innumerevoli problemi ai quali la legge non offre alcuna soluzione: a) il mandante può revocare il mandato all'ente e conferirlo ad altra associazione oppure assumere in proprio la causa?; b) è ammessa la revoca dell'adesione e la rinuncia individuale agli atti del processo collettivo o, comunque, la fuoriuscita del singolo da questo durante il suo svolgimento?; c) le spese processuali sono anticipate dall'associazione oppure dai consumatori?; d) i mandanti devono espressamente autorizzare l'associazione a compiere gli atti del processo?; e) l'ente esponenziale può esercitare i poteri che presuppongono la disponibilità del diritto sostanziale e dell'azione?; e) sussistono obblighi d'informazione dei consumatori e di comunicazione ad essi degli atti circa lo svolgimento della lite?

⁽⁵⁷⁾ Vedi BALENA, *op. cit.*, 566; DE SANTIS, *op. cit.*, 611. Per esempi di legittimazione straordinaria già presenti nel nostro ordinamento CONSOLO, *Class actions fuori dagli U.S.A.?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 620.

lo di parte è assunto dall'ente indipendentemente dalle adesioni.

L'associazione agisce, peraltro, con numerosi limiti: non avendo la disponibilità del diritto controverso, non può rendere confessione o deferire giuramento, non può rinunciare agli atti o alla domanda, non può conciliare la lite.

Per quanto riguarda, invece, la legittimazione passiva, soltanto un'impresa può essere convenuta, dovendosi comprendere in tale ampia nozione ogni tipo di impresa (sia commerciale, che agricola), di qualsiasi dimensione e di qualsiasi forma che svolga un'attività di produzione o di scambio di beni o servizi. Ne restano escluse, quindi, la pubblica amministrazione, ad eccezione degli enti pubblici economici, ed i professionisti intellettuali o i loro ordini professionali.

6. L'adesione

Ciascun consumatore o utente, in virtù di una scelta rimessa all'autonoma valutazione di opportunità e convenienza, invece di esercitare l'azione individuale può aderire all'azione collettiva. Nel silenzio della norma l'adesione si effettua tramite una comunicazione scritta, diretta all'associazione o al comitato proponente, senza necessità di (previa) iscrizione all'ente rappresentativo⁽⁵⁸⁾.

Sotto il profilo della natura giuridica (sostanziale o processuale), l'adesione non è un atto rivolto al procuratore dell'attore, né un mandato alle liti, non amplia i confini dello *jus postulandi* del difensore, né instaura alcun rapporto d'opera con conseguente obbligo di retribuzione. Si può definire, più semplicemente, manifestazione della volontà di essere inclusi nel "gruppo" (o "classe attiva") per beneficiare dei risultati dell'azione.

L'adesione non è necessariamente preventiva⁽⁵⁹⁾, in quanto può intervenire anche a giudizio iniziato ed, addirittura, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni del processo di appello.

La norma non chiarisce se l'ente possa agire solo dopo avere raccolto adesioni o se, invece, possa proporre la domanda anche senza averne ricevuto alcuna, sperando di raccoglierle nel corso del giudizio. Quanto alle associazioni dotate di legittima-

zione *ex lege* propendo per la seconda soluzione; quanto, invece, alle associazioni ed ai comitati costituiti *ad hoc* ritengo necessario un numero minimo di adesioni⁽⁶⁰⁾, rimesso alla discrezionale valutazione del Tribunale in sede di vaglio della serietà dell'azione. In quest'ultima ipotesi, a differenza di quanto accade per le azioni promosse dalle associazioni di cui agli artt. 137-139 c. cons., il numero di adesioni non costituisce solo uno degli elementi che possono essere valutati ai fini del controllo dell'ammissibilità della domanda, ma integra (e quasi si confonde con) l'ulteriore presupposto della legittimazione ad agire (che, lo si ricorda, è legato alla verifica dell'«adeguata rappresentatività» degli interessi fatti valere). In altre parole, la Corte prenderà in esame il numero degli aderenti sia ai fini del controllo della legittimazione ad agire del comitato che del vaglio della serietà della domanda, quasi fossero due facce della stessa medaglia.

Per favorire l'adesione del maggior numero possibile di soggetti interessati, il giudice, se ritiene ammissibile la domanda, dispone, a cura del proponente, che venga data idonea pubblicità ai contenuti della citazione. L'informativa non dovrebbe essere limitata all'*an* ed al *quantum* della pretesa, ma estendersi anche ad altri elementi, in particolar modo quelli inerenti l'assistenza ed i costi legali dell'azione.

Un primo effetto dell'istituto è che la sentenza pronunciata al termine del giudizio farà stato anche nei confronti dei consumatori e utenti che abbiano prestato l'adesione. In altre parole, chi scelga di avvalersi dell'azione (anche tramite l'intervento volontario) accetta che la decisione resa in sede collettiva produca effetti pure nella sua sfera giuridica. Ancora: l'ultima parte dell'art. 140 *bis*, 2° co., c. cons. prevede che l'adesione valga anche come atto interruttivo del decorso della prescrizione, ai sensi dell'art. 2945 c.c. Dunque, al fine di potersi giovare del predetto effetto nei confronti dell'impresa convenuta in giudizio, sembrerebbe necessario che l'atto di adesione indichi esattamente tutti gli elementi costitutivi del diritto fatto valere e sia munito di data certa⁽⁶¹⁾⁽⁶²⁾. Tale risultato può essere raggiunto con modalità che consentano di accertare la **data** del

L'adesione non è un mandato alle liti ma, semplicemente, la manifestazione della volontà di essere inclusi nel "gruppo"

⁽⁵⁸⁾ Uno schema di adesione può essere consultato in *www.adusbef.it*. BRIGUGLIO, *op. cit.*, qualifica l'adesione come atto intrinsecamente recettizio che deve essere comunicato al proponente, non alla controparte né al giudice.

⁽⁵⁹⁾ Così, ad esempio, accade in Svezia, ove l'opzione è preventiva rispetto all'inizio dell'azione.

⁽⁶⁰⁾ Sarebbe stato meglio che il legislatore le avesse quantificate.

⁽⁶¹⁾ *Ex multis*, v. G. FINOCCHIARO, *Resta il diritto all'azione individuale*, in *Guida dir.*, 2008, 5, XXV; BRIGUGLIO, *op. cit.*, il quale, dopo aver evidenziato che nel silenzio normativo è ben difficile postulare *de plano* la comunicazione alla controparte e/o il deposito dell'adesione in giudizio quale presupposto della sua efficacia, rileva che l'effetto interruttivo della prescrizione sconta necessariamente una recettività dell'atto introduttivo riferita alla controparte. L'effetto sulla prescrizione, secondo l'Autore, si produrrebbe, perciò, solo ove (e dal momento in cui) l'adesione sia depositata in giudizio. Non par-

rebbe necessaria, invece, l'autentica di firma, così, CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria*, cit., 6.

⁽⁶²⁾ Se l'interpretazione di quest'ultima disposizione ed i problemi che ne conseguono saranno trattati in seguito, tuttavia conviene anticipare fin d'ora che, nel silenzio della norma, molte perplessità sono state avanzate circa il fatto che l'adesione possa intervenire senza che il convenuto ne sia a conoscenza, in quanto ciò implicherebbe il verificarsi degli effetti interruttivi della prescrizione a totale insaputa dell'obbligato. A tale proposito, va detto che un ulteriore problema, circa l'applicazione degli effetti dell'art. 2945 c.c., si pone nell'ipotesi in cui l'adesione sia successiva al giudizio, nella forma di domanda di partecipazione alla camera di conciliazione [così, emerge dagli atti della *Tavola Rotonda, L'azione collettiva risarcitoria; interpretazione della nuova normativa e prime problematiche applicative*, in Verona, 31.1.2008 ed anche in BRIGUGLIO, *op. cit.*, che parla di «immaginabili problemi di prova dell'adesione nelle

documento *ex art. 2704 c.c.*, ovvero, tramite deposito degli atti di adesione in udienza o in cancelleria, a cura dell'ente proponente, ogni qual volta pervengano dai singoli consumatori o utenti.

Se le adesioni, come abbiamo visto, non condizionano la procedibilità dell'azione collettiva, che può proseguire anche in loro mancanza, ciò significa che esse non hanno alcuna incidenza sulla definizione dell'oggetto del processo. Il *petitum* non ne risulta ampliato⁽⁶³⁾, perché non si estende agli interessi particolari dei singoli, neanche se aderenti, ma resta confinato all'accertamento dell'illecito⁽⁶⁴⁾. La regola neppure è derogata nell'ipotesi in cui il giudice definisca, se possibile allo stato degli atti, i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere agli aderenti. Anche coloro che non aderiscono, infatti, possono fruire di tale quantificazione semplicemente manifestando la loro volontà nel grado d'appello.

Dal punto di vista processuale l'adesione non abilita ad alcuna attività, conferendo soltanto poteri di controllo; in particolare, gli aderenti non possono impugnare la sentenza, alla quale l'ente abbia fatto acquiescenza.

Ci si chiede, pertanto, quale sia l'utilità dell'istituto. Il consumatore che non aderisce può sempre sfuggire agli effetti di un giudicato sfavorevole. Se, invece, l'azione collettiva va a buon fine, può avvantaggiarsi sia del positivo accertamento dell'illecito nell'ambito della sua azione individuale che della proposta di pagamento formulata dall'impresa. Il consumatore che aderisce, invece, subisce le conseguenze dell'eventuale sconfitta senza poter esercitare poteri processuali. L'unico (minimo) vantaggio sembra emergere nella (eventuale) fase di liquidazione delle sue spettanze, in quanto solo

fasi stragiudiziali successive al giudizio collettivo e/o in giudizi (individuali) distinti»).

⁽⁶³⁾ CONSOLO, *op. ult. cit.*, 6, paventa la possibilità che l'aderente possa in qualche modo alterare l'oggetto della domanda, ma presenta anche l'opzione secondo cui essa non incida sull'oggetto del processo e sulla sua latitudine. L'Autore, in particolare, commentando la possibilità di un'adesione sino alla precisazione delle conclusioni in appello, parla di «variabile latitudine oggettiva del *petitum* di questa azione», che «finisce con l'essere una realtà totalmente *in progress* ed un oggetto di giudizio *a fisarmonica*, poi particolarmente frastagliata e notevolmente ardua da gestire».

⁽⁶⁴⁾ *Contra*, MENCHINI, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, cit., secondo cui con l'adesione si determina l'ampliamento oggettivo del giudizio. Infatti, oltre ai diritti isomorfi il giudice dovrebbe vagliare anche gli aspetti personali ed esclusivi, i quali possono riguardare non soltanto il risarcimento del danno, in particolare i criteri di quantificazione dello stesso, ma soprattutto la responsabilità del convenuto e l'illiceità della condotta. Il tribunale, per statuire sull'intera domanda proposta, dovrebbe affrontare temi nuovi, sino a quel momento non considerati, in quanto relativi esclusivamente alla situazione di colui che ha formulato la propria adesione in corso di causa. L'Autore porta l'esempio in cui il comportamento plurioffensivo consista nella vendita, da parte di un istituto di credito, ad una pluralità di consumatori di prodotti finanziari, rivelatisi poi non assistiti dalle necessarie coperture economiche. Per determinare la sussistenza dell'illecito, secondo Menchini, occorre verificare una serie di circostanze, alcune delle quali strettamente personali a ciascun utente: la consuetudine del singolo all'acquisto ed alla vendita di pacchetti di titoli; il grado d'istru-

l'aderente può avvalersi della camera di conciliazione costituita *ad hoc* da parte del presidente del tribunale.

Alla luce di quanto appena esposto, dunque, mi sembra che il meccanismo di "opt-in" all'italiana sia molto criticabile perché ingenera «gravi e quasi inverosimili complicazioni pratiche»⁽⁶⁵⁾ e tradisce lo scopo precipuo per il quale è stato concepito in altri ordinamenti. Mi riferisco, in particolare, all'impossibilità per le imprese convenute di conoscere – sin dalle prime fasi – il numero dei soggetti aderenti e l'entità dell'eventuale danno da risarcire ed alla conseguente difficoltà di valutare la convenienza economica di transazioni stragiudiziali. Senza contare tutti i problemi di "gestione" del processo che conseguono alle azioni individuali introdotte con i singoli atti di intervento in giudizio.

7. L'intervento

Come anticipato nei paragrafi precedenti, i singoli consumatori o utenti possono sempre svolgere, nel giudizio collettivo, l'intervento volontario di cui all'**art. 105 c.p.c.** (ed, in particolare, quello litisconsortile o adesivo autonomo di cui al 1° co.) per proporre domande aventi il medesimo oggetto⁽⁶⁶⁾. L'uso dell'avverbio «sempre», che si legge al 2° co. dell'art. 140 *bis* c. cons., non deve trarre in inganno: in realtà, infatti, i termini per l'ammissibilità dell'intervento sono quelli previsti dalle singole disposizioni relative a ciascun tipo di rito: **artt. 267 e 268 c.p.c.**⁽⁶⁷⁾, **art. 14, d.lg. n. 5/2003**, nel processo societario. L'intervento, pertanto, è consentito soltanto entro le fasi iniziali del procedimento. Benché l'art. 140 *bis* c. cons. non lo contempli espressamente, è da ritenere ammissibile anche l'intervento adesivo dipendente del consumatore (*ex art. 105,*

zione dello stesso; la fornitura, ad opera della banca, delle necessarie informazioni prima della conclusione del contratto e durante lo svolgimento del rapporto; la sottoscrizione consapevole dei necessari moduli previsti da norme di legge o da regolamenti, ecc. Ne consegue, secondo questa tesi, che il processo subirebbe un rallentamento, in quanto esso, per consentire la trattazione delle questioni individuali, deve regredire a fasi anteriori, che sono ormai definitivamente superate rispetto a coloro che, sin dall'inizio, hanno fatto valere il loro diritto con le forme collettive. La teoria non mi sembra condivisibile perché l'adesione mi pare più un atto sostanziale che processuale. In ogni caso, l'atto di adesione non è sicuramente una forma di esercizio diretto e compiuto della domanda. Infatti, non si accompagna ad una costituzione in giudizio né ad una procura alle liti, non è rivolta al giudice, non ha i requisiti di cui all'**art. 163 c.p.c.**, né è colpita dalle nullità di cui all'**art. 164 c.p.c.** La teoria riportata stravolgerebbe completamente il sistema delle preclusioni, con conseguente e continua violazione del diritto di difesa del convenuto. Determinerebbe un processo fluttuante con incertezza dei suoi confini, quanto meno oggettivi, sino all'esito del giudizio d'appello.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 6.

⁽⁶⁶⁾ Si tratta di una sorta di connessione impropria per mera identità di questioni (di fatto o di diritto) *ex art. 103, 1° co., c.p.c.*

⁽⁶⁷⁾ *Contra*, G. FINOCCHIARO, *Resta il diritto all'azione individuale*, cit., XXV, secondo cui l'intervento nel giudizio collettivo è sempre ammesso, anche dopo la precisazione delle conclusioni nel giudizio di primo grado e, conformemente a quanto previsto per l'adesione, entro la precisazione delle conclusioni del giudizio di appello.

L'utilità
dell'istituto
dell'adesione
è assai limitata

2° co., c.p.c.), il quale voglia ottenere l'accertamento della responsabilità dell'impresa, da porre a fondamento della successiva azione individuale risarcitoria o restitutoria.

Anche sotto questo profilo la norma in commento appare criticabile. Infatti, 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⁽⁶⁸⁾.

8. Il filtro giudiziale e lo svolgimento del giudizio

Il giudizio collettivo, che si introduce secondo le regole ordinarie, esibisce la particolarità di prevedere, nella prima udienza, un preliminare vaglio di ammissibilità della domanda. Infatti, ai sensi dell'art. 140 *bis*, 3° co., c. cons., «il tribunale, sentite le parti, e assunte quando occorre sommarie informazioni», decide sull'ammissibilità dell'azione. La domanda è dichiarata (con l'uso di una terminologia impropria e contraddittoria sotto il profilo tecnico) «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»⁽⁶⁹⁾. Il legislatore, nonostante la riserva manifestata al par. 5, sembra contemplare un'ulteriore ragione di inammissibilità: la mancanza di legittimazione delle associazioni o dei comitati che siano considerati non adeguatamente rappresentativi degli interessi fatti valere. In tale ipotesi, il giudice deve accertare che l'illecito appaia potenzialmente idoneo a coinvolgere un numero indefinito di consumatori e che l'attore collettivo, qualora non sia tra le associazioni di cui all'art. 139 c. cons., dia sufficienti garanzie di serietà e rappresentatività. L'art. 140 *bis* c. cons. non affronta il problema delle ulteriori azioni collettive svolte da altre associazioni rappresentative. Sarebbe stato opportuno fare chiarezza sul punto, negando l'ammissibilità di più domande: infatti, appare irragionevole che un'impresa possa subire, in contemporanea o in successione temporale, più azioni collettive aventi per oggetto

la medesima condotta⁽⁷⁰⁾. Tuttavia, tale aspettativa non sembra essere stata recepita dal legislatore ed, anzi, le indicazioni sono di segno opposto⁽⁷¹⁾.

Se la domanda ha per *causa petendi* la violazione della concorrenza, il giudice può differire la pronuncia sulla sua ammissibilità, quando sul medesimo oggetto sia in corso un'istruttoria⁽⁷²⁾ avanti un'autorità indipendente. Il tribunale potrà così tenere nel dovuto conto le risultanze, istruttorie e decisorie, che emergeranno dal procedimento amministrativo. A mio parere, però, la norma espone il fianco a critiche di violazione dell'art. 24 Cost. (laddove esso presidia l'inviolabilità del diritto di azione), in quanto non contempla la durata massima del periodo di differimento del corso dell'azione civile, né l'evento che faccia venir meno lo stato di sospensione.

L'ordinanza pronunciata dal collegio all'esito di questo sub-procedimento a cognizione sommaria è reclamabile avanti la Corte d'Appello, che decide in camera di consiglio. Al procedimento si applicano le disposizioni di cui agli **artt. 737-742 c.p.c.**

Superata la valutazione di ammissibilità, il giudice, per agevolare le adesioni, dispone, a cura di chi ha proposto l'azione collettiva, che venga data idonea pubblicità ai contenuti dell'azione e dà i provvedimenti per la prosecuzione del giudizio.

9. La natura della pronuncia collegiale

La fase collettiva della procedura termina con una sentenza che non ha natura di condanna, bensì di mero accertamento⁽⁷³⁾. Si tratta di una pronuncia del tutto particolare, che non ha ad oggetto i diritti dei singoli consumatori danneggiati – i quali non sono individuati, né sono concretamente individuabili sulla base della domanda e/o della sentenza – ma verte «*su mere questioni di fatto o di diritto*, virtualmente comuni ai processi attivabili da ciascuno dei soggetti lesi dall'illecito» plurioffensivo⁽⁷⁴⁾. Più analiticamente, essa accerta un fatto potenzialmente dannoso, la sua imputabilità ad un professionista, nonché *l'an debeatur* o, in alternativa, il diritto alla restituzione, in favore dei consumatori che abbiano partecipato all'azione collettiva, delle somme indebitamente acquisite da parte del convenuto.

Nella prima udienza il Tribunale deve effettuare un preliminare vaglio dell'ammissibilità della domanda

⁽⁶⁸⁾ Si consideri, ad esempio, che ciascuna parte individuale può essere assistita da un proprio difensore e che non è stabilito alcun correttivo per realizzare il coordinamento delle difese processuali dei più litisconsorti. CONSOLO, *op. ult. cit.*, rileva correttamente che l'azione collettiva dovrebbe essere, dal punto di vista del tessuto soggettivo, il più semplice possibile – basilarmente un gioco one to one – e non consentire, invece, l'ingresso di una marea di interventori.

⁽⁶⁹⁾ Ciò può accadere quando le questioni personali prevalgono su quella comune oppure quando la condotta illecita, colpendo un numero esiguo di consumatori, non può essere considerata plurioffensiva e non è, perciò, meritevole di tutela con le forme collettive.

⁽⁷⁰⁾ In senso favorevole alla ricostruzione dell'azione collettiva risarcitoria come unica azione di classe a disposizione dei consu-

matori, sul presupposto (dichiarato) di voler leggere la nuova figura introdotta come una vera e propria tutela di gruppo riconducibile al modello nordamericano, si veda CONSOLO, *op. ult. cit.*, 5 ss.

⁽⁷¹⁾ Vedi AMBROSI e BASILE, *op. cit.*, 85 ss.

⁽⁷²⁾ *Contra*, BERTUCCI e MORETTI, *op. cit.*, qualificano come pericolosissima la disposizione. Se concessa, essa rappresenterebbe una pericolosa dilazione «per altro insensata posto che un'istruttoria amministrativa non dovrebbe avere alcuna interferenza con una causa civile».

⁽⁷³⁾ Conforme: LENER, in CAPPIELLO, *op. cit.*, 18 ss.; CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*, cit., sia pure a commento di un d.d.l. ove era usato il termine «condanna generica».

⁽⁷⁴⁾ Così BALENA, *op. cit.*, 567.

La pronuncia
collegiale
non è di condanna
ma di mero
accertamento

Tra le finalità dell'azione di gruppo non rientrano, invece, la valutazione delle posizioni individuali, la liquidazione della somma da restituire o del danno sofferto, nonché le rispettive condanne. Esse rimangono estranee al processo collettivo e saranno trattate nell'ambito delle sedi conciliative appositamente previste dalla norma, oppure saranno oggetto di autonomi e separati giudizi individuali, che si pongono in un rapporto di "completamento" rispetto all'azione collettiva.

Il giudice, in questa prima fase del processo, fissa solo i criteri (generali) di liquidazione del danno, che assumono particolare rilevanza nella formulazione della proposta di pagamento da parte dell'impresa, nella quantificazione del credito ad opera dei conciliatori e nelle singole cause instaurate in caso di mancato raggiungimento di un accordo. L'art. 140 *bis* c. cons. contempla, infine, la possibilità di liquidazione di una somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente. A mio sommo avviso, e nonostante l'opinione contraria di autorevole dottrina, neppure in questo caso è possibile parlare di un provvedimento di condanna generica o di una provvisoria⁽⁷⁵⁾. Secondo me, infatti, non può reputarsi tale la pronuncia astrattamente resa in favore di soggetti indeterminati che, in caso di contestazione, sono costretti ad instaurare un nuovo giudizio; il diritto al risarcimento resta sempre individuale ed azionabile solo dal singolo legittimato⁽⁷⁶⁾. Pertanto, in difetto di una conciliazione con il professionista, ciascun danneggiato deve avviare un autonomo giudizio per far accertare la propria qualità di creditore⁽⁷⁷⁾, l'esistenza di un danno e (in certi casi) la riconducibilità dello stesso alla medesima condotta offensiva alla base dell'azione collettiva⁽⁷⁸⁾. Solo dopo aver soddisfatto l'onere della prova su questi requisiti, potrà ottenere una condanna al pagamento del proprio credito. Giunti a questo punto, volendo esprimere una valutazione sulla scelta della struttura bifasica del processo, essa sembra alquanto discutibile. Da una parte, infatti, risulta evidente il pericolo che, in mancanza di una pretesa risarcitoria concretamente avanzata dal soggetto leso, si giunga ad accertare la commissione di un illecito, senza che si sia effettivamente dimostrato alcun danno. Inoltre,

⁽⁷⁵⁾ *Contra*, MENCHINI, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, cit.; G. FINOCCHIARO, *Class action: una chance per i consumatori*, cit., XXII, che riconosce alla sentenza, in questa evenienza, efficacia esecutiva *ex art. 474, 2° co., n. 1, c.p.c.* Secondo Menchini, che, come anticipato in altra sede, ha una concezione di processo aperto alla tutela anche dei singoli diritti particolari, deve essere accertata in questa sede 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. In secondo luogo, già in questo processo, secondo l'Autore debbono essere dedotte dalle parti e risolte dal giudice eventuali eccezioni personali relative all'esistenza del diritto del singolo; infine, se ve ne sono le condizioni, la qual cosa può capitare perché l'istruttoria sul *quantum* è identica rispetto a tutti gli interessati e non si pre-

la scelta legislativa di non soddisfare le pretese atteree in un unico giudizio vanifica una delle principali ragioni per cui è stata concepita l'azione di classe, ossia quella di evitare ai singoli consumatori la necessità di agire per i loro diritti.

Ancora, mi sembra che l'azione collettiva risarcitoria sia criticabile, pure ponendosi dal punto di vista del professionista. Infatti, anche qualora l'impresa convenuta riesca ad ottenere una sentenza di rigetto, la vittoria opera solo nei confronti degli intervenienti e degli aderenti all'azione. Di contro, coloro che sono rimasti estranei al processo possono avvantaggiarsi dell'esito del giudizio se positivo, mentre, nel caso di esito negativo, non ne rimangono minimamente pregiudicati. L'eventuale rigetto dell'azione collettiva impedisce un'uguale azione tra le stesse parti, per la medesima fattispecie, ma non preclude altre iniziative (individuali o collettive) relative alla stessa vicenda dannosa.

Infine, mi pare del tutto singolare la previsione che la sentenza di accoglimento produca i suoi effetti dal momento della pubblicazione, indipendentemente dal suo passaggio in giudicato: infatti ciò comporta che, nell'eventualità in cui la sentenza "madre" sia successivamente riformata, si producano gravi complicazioni, rimanendo inevitabilmente travolte le pronunce rese in favore dei singoli consumatori (perfino se già passate in giudicato).

10. L'eventuale fase conciliativa

Anche la fase dedicata alla liquidazione dei crediti individuali – fase alla quale si giunge in caso di esito favorevole del giudizio collettivo – è motivo di notevoli perplessità.

Innanzitutto, l'art. 140 *bis*, 4° co., c. cons. stabilisce che, nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa possa proporre il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria. Ebbene, a mio avviso, è ragionevole prevedere che, nella gran parte delle ipotesi, il convenuto si asterrà dal prendere tale iniziativa, sia perché non è prevista alcuna sanzione se omette di avanzare la relativa proposta, sia perché la predetta norma contempla altresì l'automatica formazione di un titolo esecutivo contro l'impresa qualora la pro-

sentita particolarmente complessa, il tribunale può anche spingersi sino a liquidare in modo definitivo i crediti risarcitori e restitutori dei consumatori, evitando, così, lo svolgimento della fase (contenziosa e non) di completamento. Per le critiche a questa teoria v. *sub* nt. 24.

⁽⁷⁶⁾ Vedi DE SANTIS, *op. cit.*, 612; DI MARZIO, *La valutazione e la prova dei danni*, in *www.personaedanno.it*.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. BALENA, *op. cit.*, 567; DE SANTIS, *op. cit.*, 611; COSTANTINO, *Note sulle tecniche di tutela collettiva (disegni di legge sulla tutela del risparmio e dei risparmiatori)*, in *Riv. dir. processuale*, 2004, 1032; CHIARLONI, *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 385 ss.

⁽⁷⁸⁾ Si veda CARRATTA, *Dall'azione collettiva inibitoria a tutela dei consumatori e utenti all'azione collettiva risarcitoria: i nodi irrisolti delle proposte di legge in discussione*, in *Giur. it.*, 2005, 667.

posta stessa venga «in qualsiasi forma accettata dal consumatore o utente». Tale titolo esecutivo costituirà un precedente per una serie innumerevole – e non quantificabile⁽⁷⁹⁾ – di casi analoghi, nei quali gli altri danneggiati potranno pretendere almeno lo stesso *quantum* riconosciuto in sede stragiudiziale⁽⁸⁰⁾.

Dunque, poiché le ragioni appena esposte rendono improbabile la conclusione di un accordo tra impresa e ciascuno degli aventi diritto, il legislatore contempla due ulteriori forme di conciliazione.

Precisamente, l'art. 140 *bis*, 6° co., c. cons. prevede che il presidente del tribunale competente costituisca un'unica camera di conciliazione⁽⁸¹⁾ 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 2° co. 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 uno indicato dall'impresa convenuta ed è presieduta da un terzo nominato dal presidente del tribunale tra gli avvocati iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori. L'organo così costituito ha il compito di quantificare «con verbale sottoscritto dal presidente, i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti». Tale verbale è titolo esecutivo.

L'altra forma conciliativa alternativa è attivata su concorde richiesta del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta. In questo caso, il presidente del tribunale dispone che la composizione non contenziosa abbia luogo presso uno degli organismi di conciliazione di cui all'art. 38, d.lg. 17.1.2003, n. 5 e successive modifiche, operante presso il comune in cui ha sede il tribunale.

I singoli consumatori o utenti sono assolutamente autonomi nelle determinazioni da assumere: l'uno può aderire alla proposta formulata dall'impresa e l'altro no; taluni possono accettare la proposta dei conciliatori ed altri possono rifiutarla; altri, infine, possono immediatamente esercitare l'azione individuale contenziosa per la condanna dell'impresa al *quantum* dovuto. Nulla, dunque, è previsto in ordine ai soggetti ai quali siano accollati i costi della procedura né in ordine ai tempi di tale conciliazione, che – lo si ripete – è facoltativa.

11. Osservazioni conclusive

Alla luce di quanto si è illustrato nei precedenti paragrafi, mi pare che una valutazione complessiva sul nuovo istituto introdotto con l'art. 140 *bis* c. cons., non possa che essere sostanzialmente critica.

In tale prospettiva, direi, innanzitutto, che lo strumento approntato dal legislatore non sembra in grado di rispondere alle finalità alle quali è ispirato e, dunque, non offra la maggior tutela sperata, rischiando, anzi, di rivelarsi inutile e dannoso. In effetti, mi sembra che il legislatore, invece di introdurre un'azione astratta⁽⁸²⁾ affidata a soggetti istituzionali, avrebbe fatto meglio a recepire, con maggior coraggio, un meccanismo ("opt-out") che individuasse con certezza gli appartenenti alla classe, permettendo l'instaurazione di un processo efficace nei confronti di tutti i soggetti coinvolti. Inoltre, anche non volendo stravolgere il sistema di "opt in", sarebbe stato meglio rendere possibile l'adesione dei singoli interessati non oltre la chiusura della fase preparatoria del giudizio, prevedendo che il giudice, con l'ordinanza che dichiara ammissibile la domanda, assegnasse un termine perentorio per la definitiva formulazione delle adesioni.

Ancora, è da notare che molte delle disposizioni contenute nella norma in commento non sono esaustive, originando lacune che richiedono di essere colmate in via interpretativa; tuttavia, tale operazione ermeneutica è resa particolarmente difficile, per il fatto che nessuno dei nuovi istituti introdotti si presta ad essere agevolmente inquadrato nelle categorie tradizionali. All'incertezza del dato normativo, si aggiunge, poi, che alcune questioni di fondamentale importanza sono state completamente ignorate dal legislatore: mi riferisco, per esempio, all'individuazione dei mezzi di pubblicità della sentenza o al regime delle spese legali.

In particolare, tra le varie questioni irrisolte, mi sembra che risulti assolutamente incerto il regime della prescrizione. Non è chiaro, infatti, il significato che si deve attribuire al precetto secondo cui «l'esercizio dell'azione collettiva di cui al comma I o, se successiva, l'adesione all'azione collettiva, produce gli effetti interruttivi della prescrizione ai sensi dell'articolo 2945 del codice civile». In effetti, bisogna riconoscere che, sul punto, il testo del disegno di legge Bersani era molto più limpido, prevedendo che «l'atto con cui il soggetto abilitato promuove l'azione di gruppo di cui al comma 6 *bis* produce gli effetti interruttivi della prescrizione ai sensi dell'articolo 2945 del codice civile, anche con riferimento ai diritti di tutti i singoli consumatori o utenti conseguenti al medesimo fatto o violazione». Di contro, l'attuale formulazione della norma non precisa se la **prescrizione** sia interrotta a vantaggio di tutti i consumatori, o dei soli aderenti all'azione, ovvero, infine, dell'ente rappresentativo. La risposta

⁽⁷⁹⁾ L'adesione – lo ricordo – è sempre ammissibile sino al momento della precisazione delle conclusioni in grado d'appello.

⁽⁸⁰⁾ Entro sessanta giorni dalla sua comunicazione.

⁽⁸¹⁾ La gestione dei rimborsi individuali tramite una camera di conciliazione successiva alla decisione di accertamento della

responsabilità dell'impresa implica il rovesciamento della logica giuridica processuale, perché la conciliazione serve a prevenire le cause. Sarebbe più corretto, pertanto, chiamarla «camera di transazione».

⁽⁸²⁾ Vedi BOVE, *Class action: professionisti e consumatori meritano una legislazione più equilibrata*, cit., 12.

Nulla è previsto
in ordine
all'anticipazione
delle spese legali

più logica – ossia che la prescrizione si interrompa a favore di ciascun consumatore o utente che abbia aderito all'azione⁽⁸³⁾ – non risolve il problema di come tale effetto possa essere determinato da due atti differenti e consecutivi nel tempo (la citazione e l'adesione). Non si comprende, infine, come l'esercizio dell'azione collettiva possa interrompere la prescrizione, quando la citazione ha esclusivamente per oggetto l'accertamento del fatto potenzialmente dannoso e della sua imputabilità ad un professionista.

Un altro difetto della nuova normativa è la mancanza di una disciplina sul tema «impudico (ma essenziale)»⁽⁸⁴⁾ delle spese di lite. Il promotore non può condizionare l'adesione all'impegno del consumatore di contribuire, *pro quota*, al pagamento delle spese legali sostenute. È difficile prevedere, inoltre, a quale titolo le associazioni o i comitati possano richiedere le spese legali eventualmente non recuperate attraverso la liquidazione giudiziale. In questi casi, l'ente collettivo assume su di sé il rischio di non vedersi rimborsare da alcuno le spese legali sostenute per promuovere l'azione. Ciò evidentemente costituisce un forte disincentivo all'utilizzo dell'azione collettiva risarcitoria. Detto questo, peraltro, occorre ribadire che il vizio più grave della disciplina del nuovo istituto è rappresentato, comunque, dalla struttura bifasica del processo⁽⁸⁵⁾, che – lo si ricorda – prevede la legittimazione dell'ente rappresentativo per l'accertamento dell'illecito, lasciando, poi, al singolo l'onere di esercitare l'azione individuale risarcitoria o restitutoria. Tale sistema appare poco funzionale, quantomeno per due motivi. In primo luogo esso sem-

bra collidere con il principio di economia processuale, generando la (concreta) possibilità che un'azione, concepita per offrire un risarcimento del danno (e, dunque, una tutela tendenzialmente esaustiva), si concluda con un provvedimento che si risolve, invece, in una mera statuizione di principio. Infatti, i consumatori che non abbiano trovato un accordo con l'impresa devono iniziare un nuovo giudizio per ottenere la quantificazione e la liquidazione del proprio danno. I limiti soggettivi della sentenza resa al termine del giudizio collettivo rendono, poi, sostanzialmente inutile una vittoria per il professionista. Come si è già avuto modo di vedere, infatti, un altro ente può sempre agire in giudizio, in ordine alla medesima vicenda, e, d'altra parte, i singoli consumatori non aderenti o intervenienti non sono vincolati da quella pronuncia nell'ambito delle azioni individuali.

Se, dunque, il giudizio sul nuovo istituto introdotto dall'art. 140 *bis* c. cons. si rivela complessivamente (e, mi pare, giustamente) negativo, tuttavia bisogna riconoscere che esistono ipotesi in cui l'azione collettiva può offrire una certa utilità. Mi riferisco, in particolare, a quelle situazioni in cui il diritto al risarcimento non è certo o comporta un'istruttoria particolarmente complessa e costosa. In questi casi, il consumatore potrà ritenere più utile l'azione collettiva e (tutt'al più) dividere con il proponente e gli altri aderenti i costi della propria tutela: infatti, una volta accertata l'illiceità della condotta (non tanto oltre si estende l'oggetto del giudicato)⁽⁸⁶⁾, i rischi di soccombenza nel successivo giudizio promosso dal singolo si riducono notevolmente. ■

⁽⁸³⁾ Cfr. AMBROSI e BASILE, *op. cit.*, 85 ss.

⁽⁸⁴⁾ Vedi CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria*, cit., 9.

⁽⁸⁵⁾ Per una severa critica al sistema bifasico, BOVE, *Una proposta per la "via italiana" alla class action*, in *www.judicium.it*.

⁽⁸⁶⁾ Vedi CARRATTA, *op. cit.*, 667.