

L'AZIONE DI CLASSE NEL NUOVO ART. 140BIS E GLI OBIETTIVI DI DETERRENZA E DI ACCESSO ALLA GIUSTIZIA DEI CONSUMATORI*

PAOLO FIORIO

SOMMARIO 1. Il nuovo art. 140bis: l'azione di classe a tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori ha sostituito l'azione collettiva risarcitoria. 2. Le finalità degli strumenti risarcitori collettivi o di classe. 3. La legittimazione ad agire: due modelli contrapposti. 3.1 La legittimazione ad agire diretta da parte di ogni consumatore membro della classe o indiretta tramite associazioni e comitati. 3.2. Legittimazione ad agire e valutazione di ammissibilità dell'azione di classe. 3.3. Costi, incentivi e disciplina della transazione: un assetto normativo inadeguato. 4. L'ambito soggettivo di applicazione dell'azione di classe: i potenziali danneggiati. 4.1. (segue): i potenziali convenuti. 5. L'ambito oggettivo di applicazione dell'azione di classe: i diritti individuali omogenei tutelabili e la c.d. <<irretroattività>>. 6. L'identità dei diritti. 6.1. Il rapporto tra questioni comuni a tutti i membri della classe e questioni individuali negli ordinamenti stranieri. 6.2. Il rapporto tra le questioni comuni e quelle individuali nel nuovo art. 140bis. 7. Il contenuto della sentenza che accoglie la domanda. 8. La liquidazione del danno. 9 Le adesioni e l'*opt-in*. 9.1 Natura, forma e contenuto dell'atto di adesione. 9.2. Gli effetti della sentenza che definisce il giudizio e la consumazione dell'azione di classe. 10 Conclusioni: il modello dell'*opt-in* è idoneo a perseguire gli obiettivi di deterrenza e riparazione?

1. Il nuovo art. 140bis: l'azione di classe a tutela dei diritti individuali omogenei dei consumatori ha sostituito l'azione collettiva risarcitoria

L'art. 49 della l. 23 luglio 2009, n. 99 ha modificato l'art. 140bis del codice del consumo introdotto con l'art. 2 comma 445 l. 24 dicembre 2007 n. 244, ma mai entrato in vigore per i continui rinvii succedutisi a partire dal giugno del 2008¹.

* Il presente saggio è redatto per il volume *I diritti dei consumatori e la nuova class action*, curato da Paolo Demarchi e Stefano Ambrosini ed in corso di pubblicazione per la casa editrice Zanichelli.

¹ Tra i moltissimi commenti all'art. 140bis si possono ricordare BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria (art. 140-bis Codice del consumo) in ventuno domande e ventuno risposte*, Torino, 2008; CAPONI, *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro it.*, 2008, V,

Non si tratta di piccoli ritocchi, ma di una radicale revisione di molti aspetti centrali della disciplina. Il deciso mutamento di prospettiva del legislatore è intuibile fin dalla rubrica della norma intitolata non più <azione collettiva risarcitoria>>, ma <<azione di classe>>.

All'indomani dell'approvazione dell'originario art. 140bis è sorto un fervido dibattito circa la natura dell'azione che ha visto contrapporsi chi riteneva che si trattasse di un'azione collettiva limitata alle questioni comuni a tutti i danneggiati e chi invece propendeva per un giudizio nel quale potevano essere dedotti i singoli crediti individuali degli aderenti².

Alla domanda posta da Sergio Chiarloni³, nella vigenza del vecchio testo, ovvero se si trattasse di un'azione collettiva, che segnava l'evoluzione degli strumenti inibitori e ripristinatori collettivi previsti dall'art. 140 cod. cons., o di un'azione di classe vicina al modello americano, oggi dovrebbe risponderci che si tratta di un'azione di classe che unisce alcuni tratti della disciplina delle *class actions* statunitensi⁴, con altri aspetti ad essa del tutto estranei, creando un assemblaggio discutibile della cui efficienza, in attesa

c. 281ss.; CAPONI, *Variabilità dell'oggetto del processo (nell'azione collettiva risarcitoria)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 47 ss; CAPONI, *Litisconsorzio «aggregato». L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 819; CHIARLONI, *Il nuovo art. 140bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2008, 107; CONSOLO, *E' legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt-in" anziché quella danese dello "opt-out" e il filtro ("L'inutil precauzione")*, in *Corr. Giur.*, 2008, 8; CONSOLO—BONA—BUZZELLI, *Obiettivo, class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, 88; COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140-bis del Codice del consumo*, in *Foro it.*, 2008, 20; DE SANTIS, *La pronuncia sull'ammissibilità della "class action": una certification all'italiana*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2008, 143; DE SANTIS, *L'azione risarcitoria collettiva*, in *"Class actions" e tutela collettiva dei consumatori*, a cura di Chinè e Miccolis, Roma, 2008; FIORIO, *L'oggetto dell'azione collettiva risarcitoria e la tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in *Giur. merito*, 2009, 1445 ss; GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008; MENCHINI, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in *Giusto processo civ.*, 2008, 41; RUFFINI, *Legittimazione ad agire, adesione ed intervento nella nuova normativa sulle azioni collettive risarcitorie e restitutorie di cui all'art. 140bis del codice del consumo*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 707 ss; VIGORITI, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, in *Contratto e impresa*, 2008, 729 ss.

Sul nuovo testo cfr. CONSOLO, *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. Giur.*, 2009, 1297 ss; con riferimento all'emendamento governativo che ha introdotto il nuovo art. 140bis., v. anche E. MINERVINI, *Art. 140bis*, in *Le modifiche al codice del consumo*, a cura di Minervini e Rossi Carleo, Torino, 2009, 579 ss; CAPONI, *La riforma della class action. Il nuovo testo dell'art. 140bis cod. cons. nell'emendamento governativo*, in www.judicium.it, 2009.

² Cfr. CHIARLONI *Il nuovo art. 140bis del codice del consumo*, cit., 108 ss.

³ Cfr. CHIARLONI *Il nuovo art. 140bis del codice del consumo*, cit., 108 ss.

⁴ Sulla *class action* statunitense in questo volume v. LEONCI, *La class action nei paesi anglosassoni*.

delle prime applicazioni giurisprudenziali, si può dubitare. Accanto ad alcuni elementi tipici della *class action*, quali ad esempio la legittimazione ad agire diffusa ed individuale, il giudizio di ammissibilità, che pur con alcune differenze può essere accostato alla *certification*, il contenuto della decisione, che di regola dovrebbe consistere nella condanna al pagamento di somme liquide ed esigibili, sono presenti molti aspetti della disciplina completamente estranei al modello statunitense quali la limitazione dell'ambito di applicazione della norma ai consumatori, il sistema dell'*opt-in* e la conseguente limitazione del giudicato ai soli consumatori aderenti, l'assenza di un deciso controllo giudiziale sulle transazioni, la mancata previsione di alcuna norma incentivante per la liquidazione delle spese processuali.

Certo è che il legislatore del 2009, poco incline ad un visione collettiva degli strumenti di tutela ed alla valorizzazione dagli enti esponenziali, ha disegnato un modello che ha abbandonato l'interesse collettivo quale fulcro della tutela risarcitoria superindividuale, per abbracciare una dimensione di matrice individualistica, incentrata sulla, presunta, capacità propulsiva dei singoli consumatori danneggiati, o meglio della classe forense, sospinta da un <<individualistico altruismo>>⁵.

Il mutamento di prospettiva appare con tutta evidenza dall'individuazione delle finalità dell'azione di classe diretta a tutelare i <<diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti>> e non i loro <<interessi collettivi>>, attorno ai quali era invece costruito il modello dell'azione collettiva risarcitoria.

I diritti individuali omogenei, che con il nuovo art. 140bis per la prima volta compaiono ufficialmente in un testo normativo, non solo altro che diritti soggettivi individuali sorti in occasione di dinamiche e comportamenti di massa e conseguentemente connotati da omogeneità sia perché generati da uno stesso comportamento o da comportamenti simili ripetuti, sia perché il loro accertamento giudiziale richiede la soluzione di questioni di diritto o di fatto simili se non identiche.

I diritti o gli interessi collettivi, secondo la tradizionale ma discutibile impostazione, sono invece posizioni di vantaggio appartenenti ad una collettività e non suscettibili di appropriazione individuale⁶.

⁵ L'espressione si deve a TARUFFO, *Modelli di tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di Lanfranchi, Torino, 2003, 65.

⁶ Sulla distinzione tra interessi diffusi ed interessi collettivi cfr. PUNZI, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di Lanfranchi, Torino, 2003, 17 ss il quale sottolinea che, se entrambe le categorie hanno in comune il fatto <<di riguardare una pluralità di soggetti più o meno

La distinzione tra interessi collettivi e diritti individuali omogenei, come si è cercato di dimostrare in altra sede⁷, ha una portata applicativa limitata ad alcuni tratti della disciplina che sono stati affrontati espressamente nel nuovo art. 140bis.

Tale contrapposizione può infatti risultare il frutto di un'astratta finzione in quanto solo gli uomini possiedono bisogni e anche i bisogni che appartengono collettivamente ad un gruppo o ad una classe di soggetti si risolvono sempre in bisogni comuni a tutti gli individui che ne fanno parte. La differenza tra diritti soggettivi individuali ed interessi collettivi sta nel fatto che mentre per i primi il soddisfacimento del bisogno avviene esclusivamente su base individuale, per i secondi, realizzandosi una solidarietà di interessi tra i soggetti coinvolti, il bisogno di uno dei componenti non può essere soddisfatto se non sia soddisfatto il bisogno degli altri, tanto che si ritiene correttamente che i beni collettivi non possono essere oggetto di un'appropriazione individuale che ne determini la definitiva consumazione. La vera distinzione tra la dimensione collettiva e quella individuale risiede principalmente nel vincolo di solidarietà di interessi e nella consapevolezza non meramente individuale dei diritti che richiede la creazione e l'organizzazione di enti esponenziali che ne perseguano la tutela.

La scelta tra un modello di tutela risarcitoria superindividuale incentrato sugli interessi collettivi, piuttosto che sui diritti soggettivi, può avere conseguenze pratiche rilevanti sotto tre distinti profili: l'individuazione dei soggetti legittimati ad agire; l'oggetto dell'azione che, se si spinge fino alla liquidazione del danno subito da ogni singolo consumatore, travalica l'interesse collettivo in quanto crea un bene (il titolo al trasferimento del risarcimento per equivalente dalla sfera del danneggiante a quella del danneggiato) di esclusiva appropriazione individuale, mentre se limitata

determinata o determinabile>>, l'interesse diffuso <<è adespo e non è qualificato necessariamente sulla base di requisiti di appartenenza ad un gruppo, anche se solo nel gruppo si può individuare>>, mentre l'interesse collettivo <<riguarda normalmente gruppi organizzati ai quali il legislatore annette rilevanza...>>. Sul tema oltre agli atti del convegno tenutosi a Pavia in data 11-12 giugno 1974 (AAVV, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Padova, 1976; AA.VV., *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato (con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori)*, a cura di Gambaro, Milano, 1976), cfr. in particolare CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi e diffusi*, in *Giur. It.*, 1975, IV, 49 ss; BIANCA, *Note sugli interessi diffusi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, cit., 67; CARRATTA, *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, ivi, 79. ss.

⁷ Sulla nozione di interessi collettivi dei consumatori, ed in particolare circa il problema se l'accertamento del diritto dei singoli al risarcimento del danno conseguente a comportamenti plurioffensivi, possa rientrare nella tutela dell'interesse collettivo, mi sia consentito rinviare a FIORIO, *L'oggetto*, cit., 1455 ss.

all'accertamento dell'illecito o del diritto risarcitorio o restitutorio può ben rientrare nella tutela collettiva⁸; gli effetti della sentenza che, se pronunciata a tutela degli interessi collettivi, segue, almeno stando all'orientamento dottrinale prevalente⁹, la regola dell'efficacia *secundum eventum litis* propria delle obbligazioni solidali o indivisibili.

⁸ Nonostante i giudici di merito abbiano in diverse occasioni affermato che il professionista convenuto con un'azione collettiva non può essere condannato al risarcimento del danno o alla restituzione di somme in favore dei singoli soggetti danneggiati (con la sola eccezione di Trib. Roma 30 aprile 2008, in *Foro it.*, 2008, 2679 con la quale, in esito ad un'azione proposta in via d'urgenza ai sensi dell'art. 140 cod. consumo, il tribunale ha condannato Sky a restituire mediante riaccredito nella prima fattura utile gli importi illegittimamente addebitati a tutti i propri clienti.), una serie di decisioni, rese a seguito di azioni collettive promosse ai sensi dell'art. 140 cod. cons., hanno accertato i diritti individuali di carattere risarcitorio o restitutorio dei consumatori con una diretta portata sulle loro posizioni individuali. Trib. Torino 20 novembre 2006, in *Foro it.*, 2007, I, 1298, con nota di PALMIERI, confermata da App. Torino 24 febbraio 2009, al momento inedita, ha dichiarato che il mancato adempimento ad una serie di contratti telefonici, ed in particolare la mancata attivazione del servizio in *unbundling*, costituisce un comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti; Trib. Palermo 29 maggio 2006, in *Foro it.*, 2006, I, 2542 e Trib. Palermo, 28 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2008, 2751 con nota di FIORIO, *Le azioni a tutela degli interessi collettivi dei consumatori di cui all'art. 140 c. cons. (con una digressione sull'azione collettiva risarcitoria prevista all'art. 140-bis)*, dichiarata la vessatorietà della clausola operante nei rapporti di conto corrente bancario intrattenuti con clienti consumatori che prevedeva il calcolo di interessi anatocistici, hanno inibito alle banche di astenersi dal respingere le istanze avanzate da consumatori, titolari di rapporto di conto corrente bancario, finalizzate al ricalcolo dell'esposizione debitoria; Trib. Milano, 15 settembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 1017, con nota di DE SANTIS ha dichiarato illegittimo il rifiuto di una banca al riconoscimento del diritto della propria clientela di consumatori alla restituzione delle somme, indebitamente percepite in base alla clausola contrattuale che prevedeva il calcolo anatocistico trimestrale degli interessi debitori; Trib. Torino, 19 febbraio 2003, in *Giur. it.*, 2004, 953 ha accertato l'illegittimità del rifiuto della banca al riconoscimento del diritto al rimborso delle somme indebitamente percepite in forza della clausola che prevedeva il calcolo degli interessi anatocistici. Trib. Roma, 21 gennaio 2009 confermata in sede di reclamo da Trib. Roma, 17 aprile 2009, entrambe al momento inedite, hanno accertato, nell'ambito di un giudizio cautelare, il diritto dei consumatori ad ottenere in restituzione le penali corrisposte in caso di recesso da un contratto di abbonamento televisivo, condannando l'impresa convenuta ad informare tutta la propria clientela mediante l'invio di una lettera che spiegasse la portata del provvedimento.

⁹ Con riferimento invece alle azioni inibitorie e ripristinatorie introdotte dalla l. n. 281/1998 ed oggi contenute all'art. 140 Codice del consumo v. PUNZI, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, cit., 34; CHIARLONI, *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, a cura di Chiarloni e Fiorio, Torino, 2005, 392 e ss.; BOVE, *L'oggetto del processo "collettivo" dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria (articoli 140 e 140-bis codice del consumo)*, Relazione svolta al convegno "Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva", tenutosi a Perugia il 10 aprile 2008, in www.judicium.it, 2008, § 1; MARENGO, *Garanzia processuale e tutela dei consumatori*, Torino, 2007, 151 e ss.; MARINUCCI, *Azioni collettive e inibitorie da parte delle associazioni di consumatori*, in *Consumatori e processo*, cit., 68 e ss.; DALFINO, *Appunti in tema di tutela in forma specifica e per equivalente degli interessi collettivi*, in *Le azioni collettive in Italia. Profili teorici ed aspetti applicativi*, a cura di Belli, Milano, 2007; 148; PAGNI, *Tutela individuale e tutela collettiva nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *La*

Questi aspetti sono disciplinati dal nuovo art. 140bis che opera scelte più chiare rispetto al testo precedente. La legittimazione ad agire è attribuita ad ogni consumatore danneggiato. La sentenza che definisce il giudizio di regola procederà alla liquidazione del danno per gli aderenti e, in via eccezionale, qualora ciò non sia possibile, accerterà il diritto risarcitorio o restitutorio dei consumatori, determinando i criteri omogenei per la liquidazione del danno. Il giudicato della sentenza opera solo nei confronti delle parti e degli aderenti.

Da un primo sommario confronto tra l'azione di classe e le azioni collettive previste all'art. 140 cod. cons, anche nell'ottica di delineare i tratti distintivi tra queste due tecniche di tutela non individuale (o superindividuale) si può ritenere che l'azione a tutela degli interessi collettivi si differenzi dall'azione di classe per una differente regolamentazione dei tre aspetti sopra considerati. La legittimazione ad agire di natura collettiva è affidata ai soli enti esponenziali rappresentativi. Le azioni a tutela degli interessi collettivi possono chiudersi, oltre che con provvedimenti inibitori o ripristinatori espressamente contemplati all'art. 140 cod. cons., con l'accertamento dell'illecito e del diritto al risarcimento del danno. La tutela dell'interesse collettivo, in quanto indivisibile e non suscettibile di appropriazione individuale *ad escludendum*, deve poter giovare a tutti i membri della classe, secondo la regola dell'efficacia *secundum eventum litis*, propria delle obbligazioni indivisibili.

2. Le finalità degli strumenti risarcitori collettivi o di classe

A prescindere dalla ricostruzione dei modelli normativi di riferimento della nuova azione di classe, la questione che pare necessario affrontare fin da una prima lettura della norma è se la disciplina oggi vigente risulti idonea al raggiungimento delle finalità cui dovrebbe rispondere.

Gli strumenti risarcitori collettivi o di classe perseguono essenzialmente tre obiettivi tra loro strettamente connessi: l'accesso alla giustizia dei consumatori e la conseguente riparazione dei danni provocati da illeciti di massa, la deterrenza dal compimento degli illeciti, l'economia processuale, risultante dalla gestione in un solo giudizio di una molteplicità di pretese individuali omogenee o seriali.

disciplina dei diritti dei consumatore e degli utenti (l. 30 luglio 1998, n. 281), a cura di Barba, Napoli, 2000, 185 e ss.

Come noto, nei rapporti tra consumatori ed imprese l'accesso alla giustizia è ostacolato sia da fattori di carattere socio-culturale, in quanto i danneggiati spesso non sanno di poter agire in giudizio, sia dalle asimmetrie che si determinano qualora lo scontro processuale avvenga tra una moltitudine di litiganti occasionali e un litigante abituale che, oltre a poter fruire di economie di scala nella predisposizione delle proprie difese e nella spesa per il contenzioso, ha un interesse superiore al valore della causa ad evitare precedenti sfavorevoli. Nella maggior parte degli illeciti di massa, e specialmente in quelli di natura bagatellare, una semplice comparazione tra costi e benefici porta il litigante occasionale a tenere un atteggiamento passivo di inerzia e a non esercitare i propri diritti.

L'inerzia o l'apatia razionale del consumatore danneggiato non consente che la responsabilità civile, congegnata in chiave strettamente individuale, sia uno strumento idoneo a prevenire comportamenti illeciti e a proteggere non solo gli interessi individuali dei singoli, ma anche quelli collettivi all'esercizio delle attività imprenditoriali secondo i principi di correttezza e trasparenza. La commissione di illeciti di massa può infatti divenire un comportamento economicamente conveniente, ma deleterio per la collettività, qualora il costo dei risarcimenti possa essere di gran lunga inferiore ai benefici derivanti dai comportamenti opportunistici, specialmente qualora vengano affievoliti i meccanismi di *public enforcement* e la tutela penale.

L'*enforcement* (ovvero l'applicazione e l'effettività) del diritto sostanziale¹⁰, anche attraverso la tutela giurisdizionale, è considerabile come bene pubblico¹¹. La sanzione degli illeciti, ed in particolare i meccanismi di responsabilità civile, assolvono infatti sia ad una funzione riparatoria sia ad una più generale funzione di deterrenza¹² e di prevenzione dei comportamenti scorretti, allocando sui responsabili le conseguenze dannose.

¹⁰ Come notato da DERRIDA, *La forza del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 193 il concetto di *enforcement* è di difficile traduzione nelle lingue dei paesi continentali. Sull'argomento cfr. in termini generali STELLA, *L'enforcement nei mercati finanziari*, Milano, 2008.

¹¹ Si può considerare "pubblico", "comune" o "collettivo" un bene che, usufruito da un individuo Xi, appartenente ad un gruppo Xn, sia accessibile anche agli altri membri del gruppo, non essendo possibile escludere coloro i quali non hanno contribuito alla sua produzione, impedendo loro di trarne i conseguenti benefici. In argomento v. RUBENSTEIN, *Why Enable Litigation?: A Positive Externalities Theory of the small Claims Class Action*, (2006), in www.ssrn.com; CHAMBLEE BURCH, *Cafa's Impact on Litigation as Public Good*, (2008), in *Cardozo Law rev.*, 29.6., 2519. reperibile anche in www.ssrn.com.

¹² Nella letteratura statunitense anche gli autori che esprimono rilievi critici sulle *class actions* riconoscono come centrale, e spesso prevalente anche sulle ragioni di compensazione, il ruolo della deterrenza; tra i contributi più recenti cfr. COFFEE, *Reforming the Securities Class Action: An Essay on Deterrence and its implementation*, 106 *Col L. Rev* (2006)1547; COFFEE, *Law and the*

Il contenzioso conseguente agli illeciti di massa ha quindi come effetto diretto la reintegrazione dei danneggiati, producendo allo stesso tempo esternalità positive anche per i soggetti non appartenenti al gruppo dei danneggiati quali appunto la deterrenza dal compimento di illeciti per il futuro, l'individuazione di standard comportamentali, l'informazione del pubblico sulle caratteristiche dei prodotti e sui comportamenti delle imprese.¹³

La funzione di deterrenza dell'istituto della responsabilità civile deve tuttavia fare i conti con le caratteristiche degli illeciti di massa e con la difficoltà che le azioni risarcitorie possano essere effettivamente esercitate da soggetti che, come i consumatori, accusano "problemi di azione collettiva"¹⁴ e non hanno alcun incentivo ad investire nel contenzioso¹⁵.

La contrattazione di massa e lo sviluppo delle relazioni economiche verso rapporti giuridici spersonalizzati e su vasta scala hanno posto all'attenzione di tutti gli ordinamenti giuridici la necessità di svincolare

Market: The impact of Enforcement, (2007), in www.ssrn.com; CHAMBLEE BURCH, *Cafa's Impact*, cit. 2520. In argomento v. anche GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 239 ss.

In argomento, con riferimento ai mercati finanziari cfr. AMATUCCI, *La vera ambizione delle azioni di classe: brevi note sulla deterrenza*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2008, 11 ss; AMATUCCI, *L'azione collettiva nei mercati finanziari come strumento di governo societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1341 ss; FERRARINI GIUDICI, *Financial Scandals and the Role of Private Enforcement: The Parmalat Case*, working paper 40/2005; FERRARINI, *Informazione societaria: quale riforma dopo gli scandali?*, in *Banca impresa società*, 2004, 417 s. il quale rileva che l'ordinamento italiano presenta lacune non tanto nelle norme di diritto sostanziale, quanto invece nei sistemi di *enforcement* pubblico e privato, auspicando che l'organizzazione del processo civile crei adeguati incentivi affinché gli investitori possano agire giudizialmente per il ristoro dei danni in modo che la deterrenza verso gli autori degli illeciti tenga conto dei costi sociali cagionati dai loro comportamenti.

¹³ Alcuni autori affermano che il contenzioso costituisce di per sé un bene pubblico in quanto capace di stimolare esternalità positive che vanno anche a beneficio dei soggetti estranei al gruppo dei danneggiati cfr. RUBENSTEIN, *Why Enable Litigation?: A Positive Externalities Theory of the small Claims Class Action*, (2006), in www.ssrn.com; CHAMBLEE BURCH, *Cafa's Impact*, cit. 2519.

¹⁴ In generale sui problemi di azione collettiva si può richiamare il fondamentale contributo di OLSON, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Boston, 1971, trad. it., a cura di S. Sferza, *La Logica dell'Azione Collettiva, i beni pubblici e la teoria dei gruppi*, Milano, 1983, 27 e ss. Più specificamente con riferimento alle *class actions* nella letteratura statunitense v. YEAZELL, *Collective Litigation as Collective Action*, 1989 *U. Ill. L. Rev.* 43 (1989); MACEY MILLER, *The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform*, 58 *U. Chi. L. Rev.* 1 (1991); GRUNDFEST PERINO, *The Pentium Papers: A Case Study of Collective Institutional Investor Activism in Litigation*, 38 *Ariz. L. Rev.* 559, 563 (1996); THOMAS HANSEN, *Auctioning Class Action and Derivative Lawsuits: A Critical Analysis*, 87 *Nw. U. L. Rev.* 423, 427 (1993).

¹⁵ Cfr. MILLER, *Punti cardine in tema di <<class action>> negli Stati Uniti e in Italia*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2008, 224 ss.

l'istituto della responsabilità civile dalla tradizionale dimensione individuale, verso forme di tutela superindividuale che consentano di superare i problemi di azione collettiva e di assicurare all'ordinamento il necessario livello di deterrenza dal compimento degli illeciti.

Tali strumenti consentono infine di raggiungere la terza finalità sopra individuata, ovvero l'economia dei giudizi ed una corretta allocazione delle risorse giurisdizionali in un solo processo collettivo che permetta di evitare una moltitudine di giudizi individuali.

3. La legittimazione ad agire: due modelli contrapposti

La legittimazione a promuovere l'azione collettiva risarcitoria è stato uno degli aspetti più controversi del lungo e travagliato *iter* dell'art. 140**bis** e delle numerose proposte di legge succedutesi nelle ultime legislature. Dalla scelta dei soggetti legittimati a rappresentare la classe possono dipendere infatti la concreta configurazione e l'efficacia dello strumento collettivo risarcitorio.

A partire dall'aprile del 2003 sono emerse, pur con rilevanti distinzioni, due differenti concezioni delle azioni collettive a tutela di diritti individuali omogenei¹⁶. Da un lato le proposte più dirompenti prevedevano di conferire il potere di agire in capo ad ogni interessato, ispirandosi evidentemente ad una delle caratteristiche tipiche del modello di *class-action* statunitense. Sull'altra sponda si collocavano, invece, quelle tendenti ad attribuire la legittimazione agli enti esponenziali, ed in particolare alle associazioni rappresentative dei consumatori e degli utenti.

L'una o l'altra scelta privilegiano esigenze contrapposte.

Ogni modello di azione collettiva a tutela dei diritti individuali omogenei presenta sempre un problema di *agency*, aggravato

¹⁶ Per un'analisi delle proposte di legge e delle diverse opzioni in esse contenute si rimanda a CHIARLONI, *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva dei consumatori*, in CHIARLONI-FIORIO (a cura di), *Consumatori e processo. La tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Torino, 2005; CONSOLO, *Fra nuovi riti civili e riscoperta delle class actions, alla ricerca di una "giusta" efficienza*, *Corr. Giur.*, 2004, 565 e ss., 17 ss.; GIUSSANI, *Il consumatore come parte debole nel processo civile italiano: esigenze di tutela e prospettive di riforma*, in CHIARLONI-FIORIO (a cura di), *Consumatori e processo*, cit., 25 e ss.; ID., *Le azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 181 e ss.; COSTANTINO, *Note sulle tecniche di tutela collettiva (disegni di legge sulla tutela del risparmio e dei risparmiatori)*, *Riv. Dir. Proc.*, 2004, 1009 e ss.; CARRATTA, *Dall'azione collettiva inibitoria a tutela di consumatori e utenti all'azione collettiva risarcitoria: i nodi irrisolti delle proposte di legge in discussione*, *Giur. it.*, 2005, 662 e ss.

dall'attribuzione della rappresentanza senza uno specifico mandato¹⁷, e comporta il rischio avvertito particolarmente negli Stati Uniti, di azioni rispondenti all'interesse del rappresentante, o meglio del suo difensore, piuttosto che a quello della classe dei danneggiati. Allo stesso tempo, però, i problemi di azione collettiva¹⁸ alla cui soluzione è diretto ogni meccanismo di tutela risarcitoria superindividuale richiedono che la legittimazione ad agire sia attribuita ad un soggetto che abbia gli incentivi necessari per promuovere l'azione assumendosene i costi ed i relativi rischi¹⁹.

Si è infatti rilevato che la limitazione del potere di agire per conto della classe ad un numero ristretto di soggetti (le associazioni di consumatori iscritte nell'albo tenuto dal Ministero delle attività produttive), e non ad ogni singolo danneggiato (che come l'esperienza nordamericana ci insegna equivale ad attribuirgli di fatto allo studio legale dell'attore rappresentativo), può costituire un freno alla proposizione delle azioni che dipendono dall'investimento nel contenzioso da parte dell'associazione²⁰. L'azione collettiva associativa presenta però il vantaggio che gli enti esponenziali rappresentativi, in numero sufficientemente ampio, ma non indeterminato, tale da escludere un'eccessiva competizione tra i promotori della classe e la scelta dell'attore rappresentativo in maniera discrezionale²¹, possono essere oggetto di maggiori controlli da parte dell'opinione pubblica, necessari per limitare la proposizione di azioni infondate o la conclusione di accordi

¹⁷ In argomento, con riferimento all'esperienza statunitense, cfr. WEISS BEKERMANN, *Let the money do the monitoring: how institutional investors can reduce agency costs in securities class actions*, in 104 *Yale Law Journal*, 1995, 2053; CHOI, *The evidence on securities class actions*, working paper 2004, in www.ssrn.com; ROMANO, *The Shareholder Suit: Litigation Without Foundation*, 7 *J. L. Econ. & Org.* 55, 57 (1991). La situazione in cui vengono a trovarsi l'attore, o meglio la classe dei soggetti danneggiati, e gli avvocati che ne assumono la difesa può quindi essere inquadrata nell'ambito dei fenomeni nei quali si verificano *agency problems* e *agency costs*. Il *principal* (il cliente rappresentativo della classe) non ha infatti sufficienti incentivi di carattere economico per monitorare l'operato dell'*agent* il quale può porre in essere comportamenti opportunistici, determinati da interessi configgenti con quelli dei soggetti rappresentati.

¹⁸ L'effetto di deterrenza conseguente all'esercizio delle azioni risarcitorie da parte dei risparmiatori può infatti essere considerato come un "bene pubblico" che va a vantaggio di tutti i risparmiatori, i quali però, agendo razionalmente ed individualmente, senza coordinarsi tra di loro, non sono disponibili ad atti di eroismo per la collettività e non hanno interesse a sopportare costi superiori ai possibili benefici. Sui problemi di azione collettiva v. OLSON, *La logica dell'azione collettiva*, cit.

¹⁹ Diffusamente sull'argomento v. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie*, cit.

²⁰ Così TARUFFO, *La tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto*, in *Le azioni collettive in Italia*, cit., 19; RUFFINI, *Legittimazione ad agire*, cit., 708.

²¹ Cfr. CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori alla luce della legislazione vigente e dei progetti all'esame del Parlamento*, in *Le azioni collettive in Italia*, cit., 2007, 29.

transattivi di scarso vantaggio per i danneggiati²². Le associazioni rappresentative degli interessi collettivi dei consumatori hanno un interesse certamente superiore a quello del singolo danneggiato (o dello studio legale che ne assume le difese) a salvaguardare la propria immagine ed il proprio “capitale reputazionale” che potrebbe essere gravemente compromesso in caso di una scorretta o inefficiente gestione dell’azione di classe.

L’introduzione di azioni collettive a tutela di diritti individuali omogenei ispirate alle *class actions* nordamericane, può invece assegnare un maggiore incentivo alla proposizione dell’azione e risultare pertanto efficiente se inserito in un contesto caratterizzato dal carattere imprenditoriale della professione legale che connota l’esperienza statunitense²³, e dalla conseguente possibilità di parametrare il compenso del difensore al risultato complessivo che, negli Stati Uniti diventa di particolare importanza, non solo per la liquidazione dei danni punitivi, ma soprattutto per il meccanismo dell’*opt-out*, che consente di arrivare alla liquidazione dell’intero danno collettivo.

Il legislatore del 2007, con la precedente formulazione dell’art. 140bis del codice del consumo, aveva imboccato una soluzione intermedia tra i due modelli di legittimazione ad agire²⁴: se per un verso infatti era esclusa una legittimazione individuale diffusa, essa era stata assegnata non solo al ristretto numero di associazioni di consumatori rappresentative a livello nazionale, ma ad ogni associazione o comitato adeguatamente rappresentativo degli interessi fatti valere. Tale norma poteva infatti consentire ai singoli danneggiati (o meglio ai loro difensori) di promuovere la costituzione di associazioni o di comitati costituiti appositamente per promuovere l’azione collettiva risarcitoria²⁵. La legittimazione ad agire si presentava quindi come diffusa, seppur nel solco degli schemi di tutela degli interessi collettivi dei consumatori da parte degli enti esponenziali.

²² In argomento mi sia consentito rinviare a FIORIO, *Deterrenza e riparazione: la tutela degli interessi collettivi e dei diritti individuali omogenei dei risparmiatori negli Stati Uniti, in Francia ed in Italia*, in *Consumatori e processo*, cit., 189 e ss.

²³ Cfr. CHIARLONI, *Per la chiarezza di idee*, cit., 30.

²⁴ Così MENCHINI, *La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, in www.judicium.it.

²⁵ COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell’art. 140 bis del codice del consumo*, in *Foro it.*, 2008, 19; CHIARLONI, *Il nuovo art. 140bis del codice del consumo*, cit., 116.

3.1 La legittimazione ad agire diretta da parte di ogni consumatore membro della classe o indiretta tramite associazioni e comitati.

La norma oggi vigente segna un chiaro scostamento rispetto all'originaria formulazione dell'art. 140bis. Il primo comma prevede infatti che <<i>diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni>>.

Il differente, ma verrebbe da dire quasi opposto, approccio riguarda due fondamentali profili della disciplina: (i) i soggetti legittimati ad agire sono oggi i singoli consumatori danneggiati i quali possono avviare l'azione di classe direttamente o tramite associazioni cui conferiscono mandato o comitati cui partecipano, (ii) l'oggetto dell'azione che non ha più quale punto di riferimento l'interesse collettivo, bensì i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti precisati al secondo comma.

Questi due aspetti sono chiaramente tra loro collegati in quanto la scomparsa dell'interesse collettivo quale fulcro dell'azione di classe emargina il ruolo degli enti esponenziali i quali da veri protagonisti della tutela collettiva risarcitoria, divengono meri comprimari legittimati a rappresentare la classe solo in presenza di uno specifico mandato conferito da almeno un danneggiato.

Se quindi l'oggetto dell'azione è, come si vedrà, di regola, la liquidazione dei danni subiti dai membri della classe, i singoli danneggiati sono certamente i diretti portatori dell'interesse fatto valere in giudizio.

Quanto alla natura dell'azione e della legittimazione ad agire, pur non essendo in questa sede possibile un'approfondita riflessione, si può rilevare che l'azione promossa dal singolo appartenente alla classe o da associazioni e comitati presentano alcune importanti differenze.

Nel primo caso l'attore agisce in una duplice veste; in proprio, per ottenere la condanna del convenuto al risarcimento dei danni subiti, quale sostituto processuale della classe dei danneggiati, in quanto fa valere in nome proprio i diritti di coloro che aderiranno all'azione. L'art. 140bis potrebbe quindi essere ricondotto alle disposizioni di legge che derogano al generale divieto di sostituzione processuale sancito all'art. 81 c.p.c. in forza del quale condizione di trattabilità nel merito della domanda è la necessaria

corrispondenza tra l'attore e colui che nella domanda è affermato titolare del diritto sostanziale controverso²⁶.

In alternativa all'esercizio diretto dell'azione il consumatore può agire in giudizio «mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa». La norma è formulata in maniera poco chiara in quanto parrebbe differenziare i requisiti necessari per l'esercizio dell'azione a seconda che l'ente collettivo sia un'associazione, alla quale deve essere conferito un vero e proprio mandato, o un comitato, relativamente al quale sarebbe invece sufficiente la mera partecipazione quale fondatore o aderente di almeno un membro della classe. Tale distinzione pare irragionevole e si giustifica forse solo laddove lo statuto del comitato, che di regola sarà costituito appositamente per la promozione di una specifica azione di classe, preveda che con l'adesione all'ente ogni danneggiato conferisca il mandato per l'esercizio dell'azione. Al di fuori di questa ipotesi, imporre solo alle associazioni, ovvero ad organizzazioni tendenzialmente stabili, che se iscritte nell'apposito albo di cui all'art. 137 cod. cons., rappresentano gli interessi collettivi dei consumatori, e non ai comitati, il conferimento di un mandato da parte di almeno un membro della classe sarebbe una scelta del tutto irragionevole e potenzialmente in contrasto con il principio di uguaglianza sancito all'art. 3 della Cost. Se si prende atto che con il nuovo art. 140bis gli unici soggetti legittimati ad agire sono solo i diretti danneggiati, si deve concludere che il rilascio di un mandato per la promozione dell'azione rappresenta sempre una condizione necessaria, che non può essere sostituita dalla semplice adesione all'associazione o al comitato.

Anche per l'azione promossa da associazioni e comitati si può ritenere che l'art. 140bis contiene una deroga al generale divieto di attribuire la rappresentanza con riferimento alla sola sfera processuale²⁷. Mentre il

²⁶ Tale ricostruzione non pare del resto incompatibile con il principio per cui in caso di sostituzione processuale o di legittimazione straordinaria, si determina un litisconsorzio necessario con la conseguenza che la sentenza, nel rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa, può essere efficace nei confronti del sostituto-titolare del diritto (ovvero, nel nostro caso, dei consumatori), se questi sia posto nelle condizioni di partecipare al processo (Cfr. PROTO PISANI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 2002, 291; COMOGLIO FERRI TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, I, *Il processo ordinario di cognizione*, Bologna, 2006, 303; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Profili generali*, Padova, 2006, 475). Seppure, come si vedrà, l'aderente all'azione non può essere considerato parte del giudizio in senso formale, l'adesione è pur sempre un atto volontario idoneo ad integrare il diritto di difesa e il contraddittorio dei membri della classe.

²⁷ La dottrina (cfr. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali*, I, Torino, 2002, 308, ove ampi riferimenti) e la più recente giurisprudenza (Cass., 14 febbraio 1995, in *Giur. it.*, I, 1, 1414; Id., 22 aprile 1997, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce «Cassazione civile», n. 53; Id., 3 novembre 1997, n. 10765, in *Foro it.*, 1998, I, 494) concordano nel ritenere che ai sensi dell'art. 77 c.p.c. la qualità di rappresentante nel campo

singolo membro della classe deduce in giudizio in nome proprio i diritti della classe, le associazioni ed i comitati possono promuovere l'azione in nome e per conto dei danneggiati ponendo quindi in essere atti immediatamente riferibili alla sfera giuridica del o dei soggetti rappresentati.

Ne deriva pertanto che, da un lato, l'associazione, agendo quale semplice rappresentante, può vedersi estromessa dal giudizio attraverso l'intervento personale del mandante²⁸, e, dall'altro, che saranno direttamente riferibili alla sfera giuridica del rappresentato gli effetti delle attività poste in essere dal rappresentante²⁹ sia, come è ovvio, rispetto ai benefici da essa derivanti, sia per gli oneri, quali ad esempio l'obbligo di corrispondere le spese legali della controparte in caso di soccombenza, per le quali è presumibile che l'ente collettivo manlevi il singolo danneggiato.

Tale situazione presenta per le associazioni ed i comitati il rischio di sostenere ingenti costi per l'avvio e la conduzione del giudizio a fronte di un potere di gestione dell'azione di classe instabile e pone conseguentemente il problema della validità di quelle clausole dirette a limitare o vietare la revocabilità del mandato o, in caso di revoca, a porre a carico del consumatore mandante i costi del giudizio.

Mentre non paiono esservi dubbi circa la legittimità, in caso di revoca del mandato, di un accordo diretto a porre a carico del rappresentato tali costi, ben più complessa è la questione dell'irrevocabilità del mandato. Anche se il contratto tra il singolo danneggiato e l'ente collettivo mandatario può essere qualificato come mandato conferito principalmente nell'interesse di terzi (la classe dei danneggiati), o anche del mandatario³⁰, l'applicazione dell'art. 1723, 2° co. c.c., che consente la revoca solo in presenza di una giusta causa o di una specifica previsione contrattuale, potrebbe infatti

sostanziale è necessaria in quanto non si può conferire la legittimazione processuale rappresentativa ad un soggetto che non abbia analogo potere rispetto ai diritti sostanziali oggetto del giudizio. Non v'è dubbio che, non trattandosi più di un'azione collettiva relativamente alla quale si poteva ritenere che l'associazione fosse titolare degli interessi collettivi fatti valere, associazioni e comitati non hanno la titolarità dei diritti sostanziali del danneggiato.

²⁸ In considerazione del fatto che parte sostanziale nel giudizio è il rappresentato e non il rappresentante, il rappresentato può sempre subentrare nel giudizio e sostituirlo in qualsiasi momento, cfr. Cass., 11 gennaio 2002, n. 314, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce <<Procedimento civile>>, n. 62; Id., 9 luglio 1994, n. 6524, *ivi.*, 1994, voce <<Procedimento civile>>, n. 41.

²⁹ Cfr. in termini generali, LUISO, *Diritto processuale civile. Principi generali*, Milano, 2007, 213.

³⁰ Sull'argomento, in generale, cfr. LUMINOSO, *Il mandato*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, 12, 2, Torino, 2007 il quale rileva che la legge priva il mandante del potere di scioglimento del mandato solo nei casi in cui la causa concreta del contratto postula la realizzazione di interessi facenti capo anche a soggetti diversi dal mandante, situazione questa che può astrattamente ricorrere nel nostro caso in quanto l'azione di classe è diretta a tutelare gli interessi degli aderenti.

risultare in contrasto con il libero esercizio del diritto di agire in giudizio e spiegare i propri effetti solo nei rapporti interni tra mandante e mandatario³¹. Una via più sicura per ovviare all'instabilità dell'esercizio indiretto dell'azione di classe potrebbe essere invece individuata nel conferimento del mandato da parte di una pluralità di consumatori che consentirebbe all'associazione di mantenere la propria legittimazione tranne in caso di revoca dell'incarico da parte di tutti i mandatari, anche a prescindere dall'applicabilità della disciplina del mandato collettivo prevista all'art. 1726 c.c.

3.2. Legittimazione ad agire e valutazione di ammissibilità dell'azione di classe.

Anche se il 6° comma non prevede espressamente che nell'ambito del giudizio di ammissibilità il Tribunale debba verificare che l'attore sia legittimato ad agire, e a prescindere dalla natura della relativa eccezione, se processuale, e quindi attinente la *legittimatio ad causam*, o se sostanziale attinente al merito³², non paiono esservi dubbi circa il fatto che la mancanza di tale requisito possa rientrare nel giudizio di manifesta infondatezza dell'azione³³. Quindi, anche se è astrattamente possibile che tale questione sia decisa con la sentenza che definisce il giudizio³⁴, esigenze di economia processuale, da un lato, e di tutela dei danneggiati potenziali aderenti che, superato il filtro di ammissibilità, possono ragionevolmente confidare nella rappresentatività dell'attore collettivo, dall'altro, fanno ritenere opportuno che le azioni infondate per difetto di legittimazione ad agire siano dichiarate inammissibili con l'ordinanza prevista al sesto comma della norma in esame.

³¹ In diverse occasioni la giurisprudenza ha affermato che l'irrevocabilità del mandato con rappresentanza conferito dal creditore ad un terzo, secondo quanto prevede l'art. 1723 comma 2 c.c., si esaurisce nel rapporto interno fra il mandante e il mandatario: cfr. Cass., 4 dicembre 1996, n. 10819, in *Studium Juris*, 1997, 315; Id., 26 giugno 1997, n. 5717, in *Giust. civ. Mass.* 1997, 1063.

³² In argomento con riferimento alla precedente versione della norma, anche se il problema può porsi in termini identici per il nuovo art. 140bis, v. DE SANTIS, *La pronuncia sull'ammissibilità della "class action"*, cit., 150

³³ Con riferimento alla precedente formulazione della norma cfr. RUFFINI, *Legittimazione ad agire*, cit., 709.

³⁴ Come osservato da BOVE, *Azione collettiva: una soluzione all'italiana lontana dalle esperienze straniere più mature*, in *Guda al Diritto*, n. 4, 26 gennaio 2008, 11 la questione sulla legittimazione ad agire può rappresentare una mina vagante per tutto il corso del processo.

Nell'ambito del giudizio di ammissibilità il Tribunale dovrà quindi certamente valutare due requisiti che devono necessariamente caratterizzare la posizione sostanziale dell'attore che agisce in sostituzione della classe direttamente o tramite mandato conferito ad un'associazione. Tale soggetto (i) deve essere un consumatore (ii) deve appartenere alla classe dei danneggiati. Qualora l'azione sia promossa da un'associazione o da un comitato dovrà inoltre essere verificato il conferimento del mandato per la rappresentanza processuale.

Quanto al primo requisito, rilevando per ora, che il soggetto legittimato ad agire è certamente il consumatore persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta, secondo la classica definizione contenuta all'art. 3, 1° co. lett. a) cod. cons, si rinvia al paragrafo relativo all'ambito soggettivo di applicazione della norma l'analisi dei non pochi problemi posti da tale, forse eccessivamente restrittiva, limitazione dell'azione di classe.

Il secondo requisito sopra individuato, ovvero l'appartenenza alla classe, non presenta particolari problemi interpretativi in quanto presuppone essenzialmente che l'attore sia individualmente legittimato ad agire in giudizio per il risarcimento del danno o per la restituzione di somme dovute a seguito di un illecito plurioffensivo. Delimitate le caratteristiche fondamentali del diritto fatto valere dall'attore, l'individuazione dei caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, con la specificazione dei criteri in base ai quali gli aderenti dovranno ritenersi inclusi o esclusi dalla classe (nono comma, lett. a), riguarderà non tanto l'accertamento della legittimazione ad agire, quanto invece la delimitazione dell'oggetto dell'azione di classe³⁵.

Sempre nell'ambito del giudizio di ammissibilità il Tribunale dovrà verificare due ulteriori requisiti i quali, pur non attenendo specificamente alla legittimazione attiva, riguardano sempre la posizione dell'attore. L'azione è infatti dichiarata inammissibile quando sussiste un conflitto di interessi, ovvero quando il proponente non appaia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

Il primo requisito, già presente nella precedente formulazione della norma, attiene essenzialmente al conflitto che potrebbe sussistere tra l'attore e la classe dei danneggiati, ravvisabile qualora questi abbia specifici rapporti o relazioni di natura commerciale con il convenuto o con imprese concorrenti tali da lederne l'indipendenza. Ben più problematico è il requisito dell'idoneità a curare l'interesse della classe che può essere interpretato come mero rafforzativo dell'assenza di conflitti di interesse, o invece, con valenza

³⁵ Sull'argomento si rinvia al § 6.2

autonoma, quale requisito di adeguatezza economico finanziaria dell'attore o dell'associazione cui è conferito il mandato³⁶ i quali dovrebbero provare di essere in grado di sostenere gli oneri economici della lite. Tra le due possibili interpretazioni pare preferibile la prima per due ragioni. Innanzitutto non pare corretto e coerente con la finalità della norma, che è certamente di consentire l'accesso alla giustizia dei consumatori, subordinare l'ammissibilità dell'azione alla situazione economico finanziaria dell'attore e/o del suo rappresentante. In secondo luogo, qualora si volesse interpretare tale requisito in termini più realistici, riferendolo allo studio legale che assiste la classe, risulterebbe veramente difficile, oltre che anomalo per il nostro ordinamento, verificare l'idoneità finanziaria del difensore.

3.3. Costi, incentivi e disciplina della transazione: un assetto normativo inadeguato.

Per evitare i rischi di un uso distorto dell'azione l'art. 140bis contiene diverse disposizioni che possono incidere fortemente sui costi della causa, scoraggiandone un frequente e diffuso utilizzo in assenza di adeguati incentivi anche di carattere economico. Basti considerare che, con l'ordinanza di inammissibilità, il Tribunale regola le spese, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c. e ordina gli opportuni strumenti pubblicitari i cui costi potrebbero essere particolarmente significativi qualora il Tribunale ne individuasse le finalità nel risarcimento in forma specifica dei danni d'immagine provocati dall'avvio dell'azione di classe successivamente dichiarata inammissibile; con l'ordinanza di ammissibilità dispone invece le forme pubblicitarie ritenute idonee per agevolare una tempestiva adesione da parte dei danneggiati, il cui onere dovrà essere di regola sostenuto (o quantomeno anticipato³⁷) dall'attore. A tali rischi e costi si aggiungono inoltre la condanna alle spese della controparte in caso di soccombenza, i

³⁶ In tal senso interpretava già il requisito di adeguata rappresentatività del "vecchio" articolo 140bis VIGORITI, *Class action e azione collettiva risarcitoria*. 140bis, cit., 749 secondo il quale <<adeguatezza significa disponibilità di risorse personali e finanziarie affidabili in relazione al caso concreto>>.

³⁷ Non paiono sussistere ostacoli a che l'attore richieda, a titolo di risarcimento del danno, il rimborso dei costi sostenuti per la raccolta delle adesioni la promozione e la gestione dell'azione di classe esclusi dalle spese di giustizia. Tuttavia, in considerazione del fatto che l'adempimento degli oneri pubblicitari è condizione di procedibilità della domanda, pare scontato che l'unico soggetto interessato ad adempiervi sia l'attore.

costi per studiare la causa e retribuire i difensori ed eventuali consulenti tecnici dell'attore, nonché quelli necessari per sollecitare le adesioni.

Se si considera che l'art. 140bis dovrebbe consentire l'esercizio di quelle azioni che ogni singolo danneggiato non ha interesse a promuovere per non sopportarne i costi, appare subito evidente come il singolo consumatore, se si esclude l'irrealistica figura del ricco benefattore, possa avere ancor minor interesse e minori incentivi a promuovere un'azione collettiva ben più onerosa di quella individuale.

Né pare realistico pensare che tale ostacolo possa essere di fatto superato grazie al ruolo imprenditoriale degli avvocati specializzati nelle azioni di classe i quali diverrebbero veri e propri promotori del giudizio³⁸ o all'intervento delle associazioni o dei comitati quali rappresentanti di un membro della classe. Il contesto economico e normativo nel quale si inserisce l'art. 140bis è innegabilmente molto diverso rispetto a quello che connota la *class action* statunitense al quale si è apertamente ispirato il legislatore del 2009.

Innanzitutto, per quanto riguarda il ruolo degli studi legali, bisognerà verificare la compatibilità con i principi di deontologia forense, ed in particolare con il divieto di accaparramento di clientela e con le limitazioni relative alla diffusione di informazioni pubblicitarie promozionali³⁹, di un vero e proprio ruolo imprenditoriale dell'avvocato⁴⁰ al quale sarà richiesto

³⁸ Sul ruolo degli studi legali nelle azioni collettive risarcitorie, v. LUCANTONI, *Un ruolo trainante per gli studi legali?*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2008, 83 ss. Più in generale sul finanziamento delle azioni seriali cfr. TORINO, *Il finanziamento delle azioni seriali. Esperienze straniere e azione collettiva risarcitoria*, *ivi.*, 257 ss.

³⁹ L'art. 19 del Codice deontologico forense prevede in via generale che: <<è vietata ogni condotta diretta all'acquisizione di rapporti di clientela a mezzo di agenzie o procacciatori o con modi non conformi alla correttezza e al decoro>>, specificando in particolare che <<è vietato offrire, sia direttamente che per interposta persona, le proprie prestazioni professionali al domicilio degli utenti, nei luoghi di lavoro, di riposo, di svago e, in generale, in luoghi pubblici o aperti al pubblico>>. Tale divieto appare difficilmente compatibile con le dinamiche dell'azione di classe, ed in particolare con la natura imprenditoriale dell'avvocato, il quale, per consentire un elevato numero di adesioni, dovrà certamente porre in essere una capillare attività promozionale, che potrebbe risultare contraria al generale principio del decoro professionale e comunque richiedere la sollecitazione delle adesioni. Con riguardo, invece ai rapporti con la stampa, l'art. 18 prevede che: <<In ogni caso, nei rapporti con gli organi di informazione e con gli altri mezzi di diffusione, è fatto divieto all'avvocato (...) di sollecitare articoli di stampa o interviste sia su organi di informazione sia su altri mezzi di diffusione; è fatto divieto altresì di convocare conferenze stampa fatte salve le esigenze di difesa del cliente>>. In argomento cfr. LUCANTONI, *Un ruolo trainante per gli studi legali?*, *cit.*, 96.

⁴⁰ L'assunzione di elevati rischi da parte degli avvocati potrebbe comportare una configurazione del rapporto tra l'attore ed il proprio difensore completamente differente, se non opposta, rispetto al modello tradizionale tipico del contenzioso individuale. Anche se né l'attore né il difensore sono infatti titolari dei diritti collettivi o superindividuali della classe dei danneggiati, il soggetto

non solo di rischiare che il proprio lavoro non sia retribuito in caso di soccombenza, ma soprattutto di finanziare l’iniziativa per far fronte ai costi per la promozione dell’azione, per la sua pubblicità, ed al pagamento delle eventuali spese di lite liquidate a favore della controparte che rappresentano un rischio che nessun danneggiato sarà disposto ad affrontare⁴¹.

Anche a voler prescindere da eventuali problemi di compatibilità con i principi di deontologia professionale, non pare comunque che, a fronte dei rischi e dei costi conseguenti all’avvio di un’azione di classe, l’art. 140bis fornisca adeguati incentivi economici per assegnare agli avvocati un ruolo propulsivo, di natura essenzialmente imprenditoriale, nella proposizione del contenzioso collettivo⁴². Innanzitutto la norma non contiene alcuna disposizione relativa alla quantificazione delle spese in caso di vittoria da parte dell’attore, che potranno essere quindi liquidate secondo i principi generali, considerando quale valore della causa la somma delle domande degli attori e degli aderenti. Anche la previsione di un patto di quota lite⁴³ tra il difensore della classe, l’attore e gli aderenti può non essere sufficiente a creare adeguati incentivi all’organizzazione dell’azione in quanto, a differenza di quanto accade negli Stati Uniti, il compenso del difensore dipenderà dal numero delle adesioni che, come si vedrà in seguito⁴⁴,

che ha il maggiore interesse individuale nel giudizio sarà di regola l’avvocato che, in caso di vittoria, potrà recuperare un compenso di regola superiore al risarcimento del danno subito dal proprio cliente. Tale configurazione del rapporto tra il cliente ed il difensore potrà porre il problema di validità sul piano civilistico, e di correttezza su quello deontologico, delle clausole dirette a vincolare il membro della classe allo studio legale che patrocinia l’azione, vietando la revoca del mandato professionale (che appare però contraria al disposto dell’art. 2237 c.c.), o prevedendo, in caso di revoca o di mancata accettazione di una determinata proposta transattiva, la corresponsione delle spese sostenute e degli onorari maturati (clausola che invece può considerarsi in linea con l’art. 2237 c.c.), che renderebbe però concretamente irrevocabile l’incarico.

⁴¹ Occorre segnalare che il problema della liquidazione delle spese sostenute dalla controparte non si pone negli Stati Uniti per le *class actions* le quali sono “agevolate” dal generale principio per cui ogni parte si fa carico delle proprie spese legali. Altra soluzione per agevolare l’accesso alla giustizia nel contenzioso collettivo è quella seguita in Portogallo ed in Germania dove sono state introdotte norme specifiche per alleviare gli oneri derivanti dal regime ordinario di ripartizione delle spese processuali; in argomento cfr. TORINO, *Il finanziamento delle azioni seriali*, cit., 273.

⁴² Cfr. sempre con riferimento alla disciplina previgente, ma anche in questo caso il problema si può porre oggi in termini molto simili, LUCANTONI, *Un ruolo trainante per gli studi legali?*, cit., 93

⁴³ Come noto, il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti è stato abrogato dall’art. 2 d.l. 4 luglio 2006, n. 22, convertito in l. 4 agosto 2006, 248.

⁴⁴ V. *infra* § 10.

presuppongono un comportamento attivo da parte di un soggetto quale il consumatore, razionalmente apatico, che pare molto poco realistico⁴⁵.

Anche l'azione proposta tramite associazioni o comitati in rappresentanza dell'attore non sembra destinata ad un maggiore successo. Come si è in precedenza notato l'associazione, non essendo direttamente legittimata ad agire, deve sempre sottostare alle decisioni processuali del consumatore rappresentato. Questi può sempre decidere di revocare il mandato, di intervenire personalmente nel giudizio o di transigere la controversia. Non è irrealistico pensare che l'impresa convenuta, dopo la valutazione di ammissibilità dell'azione e decorso il termine per l'adesione da parte dei membri della classe, abbia interesse a transigere la lite con il singolo danneggiato, presumibilmente a condizioni di favore rispetto agli altri membri della classe. Si determinerebbe così la definitiva consumazione dell'azione collettiva ed il regresso al contenzioso individuale per tutti gli aderenti che non abbiano accettato la proposta transattiva eventualmente formulata, come previsto al quindicesimo comma⁴⁶. La norma si preoccupa di tutelare i diritti individuali di difesa del convenuto (che può definitivamente chiudere ogni azione di classe) e di non pregiudicare quelli degli aderenti (che non sono vincolati ad accordi ai quali non hanno prestato il proprio consenso), dimenticando però qualsiasi forma di tutela dei diritti della classe ad ottenere la sentenza finale o un accordo transattivo adeguato.

Proprio la disciplina degli accordi transattivi risulta estremamente lacunosa. Da un lato, il quindicesimo comma fa riferimento alla possibilità di definire il giudizio tramite un accordo transattivo (e conseguenti rinunce) tra le parti, ovvero tra l'attore ed il convenuto, senza prevedere alcun obbligo di estendere la medesima proposta agli aderenti. Dall'altro, gli accordi transattivi non sono in alcuna misura soggetti ad un'approvazione giudiziale, così come invece specificamente previsto nella *class action* statunitense⁴⁷ che

⁴⁵ Cfr. AMATUCCI, *La vera ambizione delle azioni di classe: brevi note sulla deterrenza*, cit., 23.

⁴⁶ Cfr. art. 140bis, 15° comma: <<Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo>>.

⁴⁷ In generale, sui poteri accordati alle Corti statunitensi Cfr. Rule 23 (d) (1) FRCP: <<In conducting an action under this rule, the court may issue orders that: (A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument; (B) require — to protect class members and fairly conduct the action — giving appropriate notice to some or all class members of: (i) any step in the action; (ii) the proposed extent of the judgment; or (iii) the members' opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action; (C) impose conditions on the representative parties or on intervenors; (D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about

impone al giudice di verificare che la transazione sia “*fair, reasonable, and adequate*”⁴⁸, aspetto questo recentemente rafforzato con le ultime riforme del 2003 e del 2005⁴⁹. L’assenza un’adeguata disciplina delle transazioni delle azioni di classe comporta che il singolo aderente può essere estromesso, senza alcun vaglio giudiziale, da qualsiasi beneficio conseguente alla transazione della lite o può comunque trovarsi a dover scegliere se accettare un’insoddisfacente proposta transattiva o se avviare un nuovo ed autonomo giudizio individuale senza alcuna possibilità di coltivare i propri diritti in altra azione collettiva, come previsto al 14° comma⁵⁰.

Pare quindi difficile che, in assenza di forme di finanziamento pubblico dell’azione⁵¹, associazioni e comitati si facciano frequenti promotori di

representation of absent persons and that the action proceed accordingly; or (E) deal with similar procedural matters>>

Come riportato da CAPIELLO, *La composizione stragiudiziale dell’azione collettiva risarcitoria*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 1, 2008, 196, molti ordinamenti quali la Danimarca, la Germania, l’Olanda, la Svezia ed il Portogallo prevedono che le transazioni siano sottoposte all’approvazione giudiziale.

⁴⁸ Con specifico riferimento agli accordi transattivi cfr.. Rule 23 (e) FRCP: <<The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court’s approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:(1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal. (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate. (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal. (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so. (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court’s approval>>.

⁴⁹ Cfr. VIGORITI, *Class action e azione collettiva risarcitoria*, cit., 738

⁵⁰ Cfr. art. 140bis, 14° comma: << Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l’adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9>>. Opposta era invece la soluzione alla quale pareva scontato pervenire sulla base della precedente formulazione dell’art. 140bis. Come osservato da CONSOLO, *La transazione dell’azione collettiva: difetti e pregi*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 1, 2008, 188, la transazione comportava la rinuncia alla proposizione dell’azione da parte dell’attore collettivo ma non comprometteva la possibilità di avviare una nuova azione da parte di altri soggetti legittimati alla quale avrebbero potuto partecipare gli aderenti insoddisfatti delle condizioni dell’accordo transattivo.

⁵¹ V’è da chiedersi se l’ammissione al patrocinio a spese dello Stato estesa anche ad enti o associazioni che non perseguano scopi di lucro e non esercitino attività economica ai sensi dell’art. 119, d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, potrà applicarsi all’associazione che agisca quale rappresentante processuale. Sui sistemi di finanziamento pubblico delle azioni collettive risarcitorie v. TORINO, *Il finanziamento delle azioni seriali*, cit., 264 ss ove ampi riferimenti alle esperienze delle province canadesi e dell’Ontario del Quebec. In particolare quest’ultima ha istituito un *Fonds d’aide aux recours collectifs*, finanziato con un prelievo sulle somme oggetto di

iniziative giudiziarie che, oltre ad essere difficili e particolarmente costose, sarebbero caratterizzate da un'elevata instabilità e dal rischio di dover assistere passivamente a opportunistiche transazioni ed al conseguente abbandono del giudizio a condizioni non favorevoli ai consumatori danneggiati.

Ad una prima lettura della norma pare potersi concludere che il nostro legislatore ha importato una delle caratteristiche fondamentali del sistema americano, ovvero la legittimazione ad agire in capo ad ogni (consumatore) danneggiato, senza però preoccuparsi di introdurre adeguati incentivi per la promozione dell'azione e controlli efficienti per assicurare un uso corretto. Ne può quindi derivare, da un lato, un limitato ricorso alla tutela risarcitoria di classe, dall'altro un suo utilizzo distorto, incapace di assicurare gli obiettivi di deterrenza, riparazione ed economia processuale che la norma dovrebbe perseguire.

4. L'ambito soggettivo di applicazione dell'azione di classe: i potenziali danneggiati.

Il primo comma dell'art. 140**bis** delimita in maniera abbastanza netta l'ambito soggettivo di applicazione dell'azione di classe ai <<diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti>>, seguendo la strada già tracciata dalla precedente versione della norma, anche se in aperto contrasto con la *class action* statunitense che non conosce invece limitazioni relative all'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto⁵².

La limitazione dell'ambito di applicazione dell'azione ai soli consumatori è stata, già in passato correttamente criticata da parte della dottrina che, anche in considerazione delle esperienze straniere, ha rilevato che gli strumenti collettivi risarcitori possono trovare applicazione in situazioni tra loro assai diverse e non sempre riconducibili ai rapporti di consumo, quali ad esempio i casi di discriminazione, i danni ambientali o gli illeciti posti in essere nei confronti dei lavoratori che, come noto, sono tra i

condanna in tutte le azioni collettive che consente di finanziare le spese processuali per avvocati e consulenti e tutti gli altri costi per la preparazione e l'esercizio dell'azione.

⁵² Cfr. Rule 23 (a): <<One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members>>

principali esempi di contenzioso seriale nei quali sono fatti valere diritti individuali omogenei⁵³.

Pur restringendo la nostra indagine ai rapporti di consumo, si deve notare che l'azione di classe avrà un ambito soggettivo di applicazione limitato in quanto potrà tutelare i soli consumatori, secondo la tradizionale nozione (ovvero le persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta) avallata dalla giurisprudenza della Cassazione, della Corte di Giustizia⁵⁴ e della Corte Costituzionale⁵⁵. Senza poter qui ripercorrere i rilievi critici mossi dalla dottrina che ha correttamente ritenuto ingiustificata e discriminatoria l'esclusione dei soggetti deboli diversi dalle persone fisiche che agiscono per finalità non professionali o imprenditoriali⁵⁶, ci si può limitare ad osservare

⁵³ Cfr. TARUFFO, *La tutela collettiva*, cit; 14; COSTANTINO, *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, in *Foro it.*, 2007, V, 140 ss; AROSSA, *Gli scomodi confini dell'azione collettiva risarcitoria all'italiana: diseconomie del suo ambito di applicazione*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, 1, 2008, 27 ss..

⁵⁴ Cass., 8 giugno 2007, n. 13377, in *Giust. Civ.*, 2008, I, 996; Id., 13 giugno 2006, n. 13643, in *Contratti*, 2007, 225; Id., 25 luglio 2001, n. 10127. in *Giur. it.*, 2002, 543 con nota di FIORIO, *Professionista e consumatore un discriminane formalista?*; Corte Giustizia CE, 22 novembre 2001, cause C-541/99 e 542/99, *ibidem*.

⁵⁵ Corte Cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Foro it.*, con note di PALMIERI, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale*, *ivi*, 337 e di PLAIA, *Nozione di consumatore, dinamismo concorrenziale e integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, *ivi*, 340. La Corte ha respinto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1469bis, comma 2 c.c. nella parte in cui esclude(va) dalla nozione di consumatore i professionisti ed i piccoli imprenditori, rilevando che la preferenza nell'accordare una particolare protezione a coloro che agiscono in modo occasionale, saltuario e non professionale si dimostra ragionevole in quanto la finalità dell'art. 1469 bis comma 2 c.c., sarebbe quella di tutelare i soggetti che, secondo l'"*id quod plerumque accidit*", sono presumibilmente privi della necessaria competenza a negoziare; situazione non ravvisabile per quelle categorie di soggetti -professionisti, piccoli imprenditori, artigiani – che, proprio per l'attività abitualmente svolta, hanno cognizioni idonee per contrattare su di un piano di parità.

In senso contrario si è invece espressa la prevalente dottrina che ha denunciato il sospetto di illegittimità costituzionale conseguente alla discriminazione tra consumatori ed imprenditori contraenti deboli, cfr. *ex multis* BIN, *Clausole vessatorie, una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contratto e impresa. Europa*, 1996, 437; BIGLIAZZI GERI, *Art. 1469bis*, in *Commentario al capo XIVbis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999, 85; BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. Dir. civ.*, 1995, 1 ss. Sul punto v. diffusamente CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. dir. comm.*, a cura di F. Galgano, Padova, 2005, 76 ss (ma già prima dello stesso Autore., *Il concetto di consumatore, l'argomento naturalistico ed il sonno della ragione*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2003 715 ss e *La tutela del consumatore alla luce del principio di uguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 869 ove ampi riferimenti dottrinali).

⁵⁶ Così CALVO, *La tutela del consumatore*, cit., 869, ora con alcuni adattamenti ed integrazioni in CALVO, *I contratti del consumatore*, cit. l'Autore, con riferimento alla sentenza della Corte Cost. 22 novembre 2002, in *Foro it.*, 2003, I, 332 che ha respinto la questione di illegittimità costituzionale della definizione di consumatore di cui all'art. 1469bis c.c., rileva

come tale limitazione appaia oggi ancor più discutibile anche sotto il profilo dell'irragionevole compressione del diritto di agire (collettivamente) in giudizio ai sensi dell'art. 24 Cost.

Resta tuttavia il dubbio che non può essere compiutamente affrontato in questa sede se in quei settori particolari⁵⁷, quali ad esempio l'intermediazione finanziaria, ove la figura del contraente debole non è il consumatore, ma il cliente al dettaglio⁵⁸ (categoria nella quale vanno ricompresi anche gli imprenditori e le persone giuridiche), siano legittimate ad agire anche le piccole imprese⁵⁹. Nel libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie del 2 aprile 2008⁶⁰ la Commissione europea ha infatti precisato che non solo i cittadini, ma anche le imprese <<che subiscono un danno a seguito di un'infrazione delle norme antitrust comunitarie (articoli 81 e 82 del Trattato CE) devono poter richiedere un risarcimento alla parte che ha causato il danno>>, ritenendo necessaria l'introduzione a livello comunitario di un'azione collettiva che consenta l'aggregazione delle singole istanze da parte delle vittime delle violazioni delle norme antitrust. Finalmente con un sano realismo si è osservato che <<i singoli consumatori, ma anche le piccole imprese, in particolare coloro che hanno subito un danno diffuso e di valore

l'irrazionalità <<di ogni tentativo volto a giustificare la disparità di trattamento fra contraenti uniti da una simile posizione di debolezza (o *faiblesse économique*) in ragione delle loro diverse condizioni giuridiche o intellettuali. A ben riflettere, il pericolo di abuso della libertà contrattuale non dipende -come ormai noto- dall'evenienza che l'aderente agisca in qualità di imprenditore o di consumatore finale, essendo viceversa legato al presupposto che la controparte, la quale si avvalga del potere di determinare unilateralmente il contenuto del regolamento negoziale, disconosca qualsiasi margine di trattativa individuale>>.

⁵⁷ In tal senso, con riferimento alle azioni collettive risarcitorie relative a servizi turistici, cfr. DE SANTIS, *L'azione risarcitoria collettiva*, cit., 148 il quale rileva che la nozione di consumatore applicabile è quella specifica contenuta all'art. 83, comma 1, lett. c) del codice di consumo.

⁵⁸ Non può ritenersi fondato il dubbio sollevato da Confindustria nella propria circolare 18 marzo 2008 che l'investitore non sia considerabile come consumatore ai sensi dell'art. 140bis; sia sufficiente al proposito ricordare l'art. 32bis del t.u.f. d.gs. 24 febbraio 1998, n. 58 che estende la legittimazione ad agire delle associazioni di consumatori di cui all'art. 137 cod. cons. alla <<tutela degli interessi collettivi degli investitori, connessi alla prestazione di servizi e attività di investimento e di servizi accessori e di gestione collettiva del risparmio>>, in tal senso mi sia consentito rinviare, per ulteriori riferimenti a FIORIO, *Deterrenza e riparazione*, cit., 180; su posizioni simili, recentemente, v. AROSSA, *Gli scomodi confini dell'azione collettiva*, cit., 38.

⁵⁹ Casi emblematici in cui l'art 140bis potrebbe trovare applicazione per tutelare soggetti diversi dai consumatori persone fisiche potrebbero essere quello della abnorme e pericolosissima negoziazione dei contratti derivati nei confronti di molte piccole e medie imprese (in argomento cfr. INZITARI, *Strumentalità e malizia nella predisposizione e raccolta della dichiarazione di operatore qualificato*, in www.ilcaso.it, doc. 87, 29.12.2007, 1 ss) e delle pratiche anticoncorrenziali che possono ugualmente ledere tanto il consumatore quanto le imprese.

⁶⁰ Cfr. Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, 2 .4.2008, COM (2008) 165.

relativamente basso, sono spesso scoraggiati dall'intentare un'azione individuale per danni a causa dei costi, ritardi, incertezze, rischi ed oneri che ne possono derivare>>.

4.1. (segue) : i potenziali convenuti

Quanto invece alla legittimazione passiva l'art. 140bis non opera una scelta altrettanto chiara. In tre occasioni la norma identifica quale convenuto l'impresa. Il 2° co. lett. a) specifica che l'azione tutela <<i>diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica>>; il 4° co., individuando la competenza territoriale, precisa che <<i>la domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa>>; il 14° co., sancendo il principio di consumazione dell'azione fa nuovamente riferimento all'impresa convenuta in giudizio: <<i>non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa>>.

L'utilizzo della nozione di <<i>impresa>>, che nella sua connotazione soggettiva dovrebbe intendersi come <<i>imprenditore>> ai sensi dell'art. 2082 c.c., in luogo di quelle abituali utilizzate nel codice del consumo di <<i>professionista>>⁶¹, anche nelle sue declinazioni di <<i>produttore>>⁶² o <<i>venditore>>⁶³, pone alcuni rilevanti e complessi problemi interpretativi.

Sono certamente da considerarsi escluse dall'ambito di applicazione della norma le lesioni ai diritti dei consumatori previsti al 2° comma attribuibili a soggetti che non operano professionalmente, quale ad esempio

⁶¹ Definito all'art. 3, 1° co. lett. c) cod. cons., come <<i>la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario>>. Circa la nozione di professionista, in dottrina cfr. ROMAGNOLI, *La pubblica amministrazione come <<i>professionista>>*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 669 ss; TROIANO, *Gli enti pubblici come <<i>professionisti>> e come <<i>consumatori>>*, in *Commentario al capo XIVbis del codice civile: dei contratti dei consumatori. Artt. 1469bis-1469sexies*, a cura di Bianca e Busnelli, Padova, 1999, 177 ss; KIRSCHEN, *Commento all'art. 3, co. 1, lett. c)*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di Alpa e Rossi Carneo, Napoli, 2005, 66 ss; CHINÈ, *Commento all'art. 3*, in *Codice del Consumo*, a cura di Cuffaro, Milano, 2006, 13 ss.

⁶² Cfr. art. 3, co. 1, lett. d): <<i>produttore: fatto salvo quanto stabilito nell'articolo 103, comma 1, lettera d), e nell'articolo 115, comma 2-bis, il fabbricante del bene o il fornitore del servizio, o un suo intermediario, nonché l'importatore del bene o del servizio nel territorio dell'Unione europea o qualsiasi altra persona fisica o giuridica che si presenta come produttore identificando il bene o il servizio con il proprio nome, marchio o altro segno distintivo>>

⁶³ Cfr. art. 128, co. 2, lett. b): <<i>qualsiasi persona fisica o giuridica pubblica o privata che, nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, utilizza i contratti di cui al comma 1>>.

sarebbe il condomino che, violando il regolamento condominiale, danneggia gli altri condomini.

Ci si può però chiedere se l'utilizzo del termine <<impresa>> valga ad escludere quei soggetti che, pur operando in maniera professionale, non rientrino nella figura dell'imprenditore di cui all'art. 2082 c.c., ovvero del soggetto che <<esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi>>. Il problema si pone essenzialmente con riferimento ai professionisti intellettuali, alla pubblica amministrazione e agli enti pubblici.

In linea generale si può rilevare che il termine <<impresa>>, contenuto nelle norme sopra richiamate, non pare impiegato in senso tecnico per limitare la legittimazione passiva del convenuto in un'azione di classe⁶⁴. L'impresa ha infatti di regola un significato di carattere oggettivo coincidente con l'attività economica esercitata dall'imprenditore e non una connotazione soggettiva idonea ad identificare il soggetto cui sia riferibile tale attività⁶⁵. L'uso improprio del termine "impresa" trova un'ulteriore conferma nel 12° co. che prevede espressamente che l'azione possa essere esercitata <<nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità>> che non sempre possono essere considerati come imprenditori.

Si può quindi fondatamente ritenere che il legislatore abbia fatto riferimento all'impresa in maniera impropria quale sinonimo di convenuto, sul presupposto che nella maggior parte dei casi l'azione di classe a tutela dei diritti dei consumatori sarà avviata nei confronti di un imprenditore.

Fatta tale premessa resta tuttavia da verificare se, in ragione dei principi generali cui si ispira la norma o di altre disposizioni in essa contenute, l'art. 140bis consenta azioni di classe promosse nei confronti di professionisti intellettuali e della pubblica amministrazione.

Pare preferibile ritenere che essa possa essere intentata anche nei confronti di professionisti intellettuali che rientrano certamente nella nozione di <<professionista>> ex art. 3 lett. c) cod. cons, ovvero la controparte abituale del consumatore⁶⁶. Non si vedono quindi ostacoli a che sia convenuto in giudizio un medico che suggerisca terapie palesemente dannose, un architetto che su incarico di un gruppo di consumatori abbia

⁶⁴ In tal senso cfr. MINERVINI, *Art. 140bis*, cit., 587.

⁶⁵ Cfr. BONFANTE COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2001, 713 s.

⁶⁶ Cfr. AROSSA, *Gli scomodi confini dell'azione collettiva risarcitoria all'italiana*, cit., 34; MINERVINI, *Art. 140bis*, cit., 587; in senso v. CONSOLO, *Come cambia*, cit., 1300, secondo il quale la norma sembrerebbe escludere la possibilità di intentare azioni di classe nei riguardi di professionisti non imprenditori.

predisposto un progetto inadeguato che abbia successivamente determinato il crollo di un edificio o un avvocato che, nel difendere numerosi consumatori, magari proprio in un'azione di classe, abbia agito in violazione dei doveri di diligenza e di correttezza.

Meno agevole è invece la soluzione dell'ulteriore questione sopra prospettata, inerente alla legittimazione passiva della pubblica amministrazione o degli enti pubblici, che richiederebbe una più approfondita riflessione circa la necessità che tra la classe ed il convenuto intercorra un rapporto di consumo, nonché sul significato da attribuire a tale relazione. Il problema pare dover essere risolto tenendo in considerazione due specifici indici normativi. Da un lato, sia il professionista, sia il consumatore, sono individuati, con riferimento non tanto alla specifica attività posta in essere, quanto invece alle finalità perseguite (il consumatore deve agire per finalità non professionali, mentre, all'opposto il professionista deve agire nell'ambito della propria attività imprenditoriale o professionale)⁶⁷. Dall'altro, la figura del consumatore, anche nell'art. 140bis, è affiancata all'utente, con l'ulteriore specificazione che tra i diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti è ricompreso quello <<all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza>> (art. 2, co. 1, lett. g).

In una recente sentenza la Cassazione⁶⁸ ha affermato che l'applicabilità delle tutele apprestate per il consumatore all'utente del servizio pubblico deve essere valutata caso per caso, verificando se le varie disposizioni contenute nel codice del consumo siano o meno applicabili, per la loro *ratio* o sulla base del loro tenore, al rapporto di utenza pubblica, per arrivare nel caso esaminato a negare l'applicabilità delle norme sulle clausole abusive al rapporto tra l'utente ed il servizio sanitario nazionale sulla base di due argomentazioni entrambe discutibili. Da un lato si è affermato che la disciplina delle clausole abusive richiederebbe sempre la presenza di un contratto, situazione non ravvisabile nei casi in cui si tratti dell'adempimento di un dovere di prestazione discendente direttamente dalla legge, quale per l'appunto il rapporto tra paziente e struttura ospedaliera. Dall'altro la Corte ha ritenuto che l'azienda sanitaria non possa essere considerata un professionista in quanto il servizio sanitario può essere prestato senza il

⁶⁷ Cfr. ROMAGNOLI, *La pubblica amministrazione, cit.*, 671 il quale sottolinea che il tratto caratterizzante il professionista consiste nell'abitudine e nella consuetudine alla stipulazione dei contratti.

⁶⁸ Cfr. Cass., 2 aprile 2009, n. 8093.

rispetto del principio di economicità in ragione del fatto che l'erogazione delle prestazioni sanitarie deve essere assicurata anche se cagiona perdite⁶⁹.

Non pare che le conclusioni della Cassazione, criticabili anche con riferimento alla disciplina delle clausole abusive⁷⁰, siano idonee ad escludere le aziende sanitarie pubbliche, e più in generale i soggetti di natura pubblicistica che erogano servizi pubblici, tra i legittimati passivi dell'azione di classe. Nella sentenza sopra richiamata la Cassazione ha sottolineato la necessità di valutare caso per caso l'applicabilità o meno delle singole norme del codice del consumo alla pubblica amministrazione. Il 12° co. dell'art. 140bis prevede espressamente la possibilità di avviare un'azione di classe nei confronti dei <<gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità>>. Ci si può pertanto chiedere se sia corretta un'interpretazione della norma che ammetta la tutela collettiva solo per i servizi pubblici dati in appalto, e non invece per quelli gestiti direttamente dalla pubblica amministrazione, specialmente se si considera che l'art. 36 d.l. 25 giugno 2008, ha disposto un rinvio dell'entrata in vigore dell'originario art. 140bis cod. cons. <<anche al fine di individuare e coordinare specifici strumenti di tutela risarcitoria collettiva, anche in forma specifica nei confronti delle pubbliche amministrazioni>>⁷¹.

⁶⁹ L'affermazione della Corte pare tuttavia criticabile in quanto l'art. 3, lett. c) del codice del consumo non contiene alcun riferimento né allo scopo lucrativo del <<professionista>>, né al criterio dell'economicità che la dottrina prevalente ritiene necessario per l'imprenditore di cui all'art. 2082 c.c.. Anzi il riferimento al soggetto che agisce nell'ambito <<della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale>> porta a ritenere che l'imprenditore connotato da finalità lucrative o quantomeno dal metodo economico possa essere solo una delle figure che rientrano nella nozione stessa di professionista. A meno di non voler ritenere che per finalità professionali debbano intendersi solo ed esclusivamente quelle del professionista intellettuale, esse possono essere quelle connotate dall'esercizio abituale e non occasionale dell'attività (cfr. CHINÈ, *Commento all'art. 3, cit.*, 23). Una differente interpretazione della nozione di professionista potrebbe portare ad un risultato irragionevole in quanto mentre il medico è certamente un <<professionista>> (intellettuale), non lo sarebbe la struttura sanitaria pubblica.

⁷⁰ In argomento cfr. ROMAGNOLI, *La pubblica amministrazione, cit.*, 671 il quale comprende tra gli scambi rilevanti anche quelli diretti alla realizzazione di fini sociali, rilevando che è necessariamente imprenditoriale l'attività dell'ente che offre prestazioni sottocosto grazie alla copertura delle perdite mediante un sovvenzionamento esterno.

⁷¹ Tale obiettivo non è certo stato realizzato con l'approvazione dell'art. 4, 2° co. lett. l) della l. 4 marzo 2009, n. 15 che non ha introdotto un'azione risarcitoria. Tale norma prevede infatti che: <<Nell'esercizio della delega nella materia di cui al presente articolo il Governo si attiene ai seguenti principi e criteri direttivi: (...) 4) prevedere che, all'esito del giudizio, il giudice ordini all'amministrazione o al concessionario di porre in essere le misure idonee a porre rimedio alle violazioni, alle omissioni o ai mancati adempimenti di cui all'alinea della presente lettera e, nei casi di perdurante inadempimento, disponga la nomina di un commissario, con esclusione del risarcimento del danno, per il quale resta ferma la disciplina vigente>>. Lo schema di decreto legislativo di attuazione all'art. 2 prevede che <<il ricorso di cui all'art. 1 non può essere proposto se un organismo con funzione di regolazione e di controllo istituito con legge dello Stato e preposto al settore interessato ha instaurato e non ancora definito un procedimento volto ad

Resta quindi il dubbio se anche la pubblica amministrazione o gli enti pubblici possano essere convenuti in un'azione di classe qualora erogino beni o servizi (anche pubblici o di pubblica utilità) purché nell'ambito di un'attività esercitata professionalmente.

5. L'ambito oggettivo di applicazione dell'azione di classe: i diritti individuali omogenei tutelabili e la c.d. <<irretroattività>>.

Un'ulteriore importante differenza tra l'azione di classe italiana e la *class action* statunitense riguarda l'ambito di applicazione che il legislatore italiano ha voluto circoscrivere solo ad alcuni diritti dei consumatori. L'azione di classe è infatti ammessa, ai sensi del co. 2 dell'art. 140*bis* in sole quattro fattispecie:

- (i) per la lesione di <<diritti contrattuali>>, inclusi quelli relativi a contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c.
- (ii) per la responsabilità del produttore;
- (iii) in caso di pratiche commerciali scorrette o
- (iv) di comportamenti anticoncorrenziali.

Rispetto alla precedente formulazione il nuovo art. 140*bis* presenta due novità di segno opposto. Se per un verso i diritti risarcitori e restitutori di natura contrattuale non sono più limitati ai rapporti giuridici relativi a contratti stipulati mediante moduli o formulari ex art. 1342 c.c, nel contempo l'azione non è più esercitabile per qualsiasi atto illecito extracontrattuale, ma solo per la responsabilità del produttore, per i comportamenti anticoncorrenziali e le pratiche commerciali scorrette.

L'eliminazione della restrizione dell'azione ai soli rapporti contrattuali di cui all'art. 1342 c.c. è certamente positiva ed idonea ad eliminare un'ingiustificabile disparità di trattamento rispetto ai diritti dei consumatori derivanti da contratti conclusi per adesione senza la sottoscrizione di moduli o formulari che hanno un'elevatissima diffusione (si pensi ad esempio al trasporto aereo o ferroviario). L'azione di classe è oggi attivabile per ogni rapporto contrattuale dal quale nascono diritti (identici) per una pluralità di consumatori a prescindere dalle modalità di conclusione del contratto.

accertare le medesime condotte oggetto dell'azione di cui all'art. 1, né se, in relazione alle medesime condotte, sia stato instaurato un giudizio ai sensi degli articoli 139, 140 e 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206>>, contemplando quindi espressamente che una condotta posta in essere da un'amministrazione pubblica o da concessionari di servizi pubblici possa essere fatta valere ai sensi dell'art. 140*bis*.

La limitazione dell'azione ai soli illeciti extracontrattuali espressamente previsti può invece comprimere eccessivamente l'ambito di applicazione della norma non consentendo l'azione di classe per le fattispecie di responsabilità precontrattuale, qualora la si inquadri nell'ambito degli illeciti extracontrattuali, e per la violazione dei doveri di informazione del pubblico da parte di soggetti quali amministratori e sindaci delle società quotate, società di revisione, agenzie di rating, e analisti finanziari.

La contrapposizione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale che può emergere dall'art. 140bis è tuttavia in controtendenza rispetto all'orientamento emerso in dottrina e giurisprudenza che ha cercato di fornire una ricostruzione unitaria della responsabilità⁷² a prescindere dal suo fondamento. L'art. 140bis potrà quindi riproporre all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza la necessità (di ordine pratico-applicativo) di individuare il fondamento della responsabilità di ogni singolo illecito per verificare l'ammissibilità dell'azione di classe.

La reale efficacia dell'azione di classe e la sua idoneità a realizzare gli obiettivi di deterrenza e di riparazione che essa si prefigge potranno dipendere, da un lato, dalle applicazioni giurisprudenziali della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e, dall'altro, dall'inquadramento nella responsabilità contrattuale delle obbligazioni senza prestazione o da "contatto sociale".

L'inclusione tra le fattispecie tutelabili dei <<diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante (...) da pratiche commerciali scorrette>> può consentire la tutela collettiva in situazioni non sempre facilmente riconducibili a diritti contrattuali⁷³ sui quali forse il legislatore del 2009 aveva deciso di intervenire in senso restrittivo. Sono infatti <<pratiche commerciali>> <<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>> [art. 18, 1° co. lett.d) cod. cons]. Anche la nozione di prodotto è particolarmente ampia e pressoché onnicomprensiva in quanto include <<qualsiasi bene o servizio, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni>>, e quindi, ad esempio, anche i servizi di investimento, bancari

⁷² In argomento v. da ultimo GIARDINA, *La distinzione tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, vol 1, 73 ss.; THIENE, *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione*, ivi, 317 ss.

⁷³ Sull'argomento, in questo volume cfr. CALVO, *L'effettività della tutela pro consumatore*, § 4 il quale rileva che l'intera disciplina delle pratiche commerciali scorrette, incentrata sulla figura del consumatore medio, è principalmente congeniata per proteggere la generalità dei consumatori attraverso le azioni collettive.

o assicurativi. Tra le pratiche commerciali scorrette possono quindi rientrare quasi tutti i casi di diffusione di informazioni contrarie agli obblighi di diligenza cui sia tenuto un professionista che falsino o siano idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio⁷⁴. La tutela in questo caso pare inoltre concessa a prescindere dal fatto che l'illecito sia posto in essere prima durante o dopo un'operazione commerciale⁷⁵ e che possa quindi determinare una responsabilità precontrattuale o extracontrattuale o un diritto restitutorio derivante dall'annullamento o dalla dichiarazione di nullità del contratto.

Con riferimento agli illeciti derivanti dalla diffusione di informazioni economiche inesatte, parte della dottrina ha affermato la natura contrattuale delle "obbligazioni senza prestazione"⁷⁶, in quelle situazioni nelle quali sia riscontrabile la violazione di norme che presuppongono un rapporto obbligatorio da affidamento in ragione dello *status* professionale del soggetto tenuto a fornire informazioni particolari dirette a proteggere la sfera giuridica dei destinatari o comunque tenuto al rispetto di specifici obblighi di protezione della persona o del patrimonio⁷⁷. In queste situazioni gli obblighi

⁷⁴ Cfr. art. 20, 1° co. cod. cons.

⁷⁵ Cfr. art. 19, 1° co. cod. cons: <<il presente titolo si applica alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relative a un prodotto>>. Sul punto cfr. AUTERI, *Introduzione: un nuovo diritto della concorrenza sleale?*, in *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, a cura di Genovese, Padova, 2008, 9 il quale afferma che <<Le pratiche commerciali di cui si occupa la direttiva sono quindi tutti i comportamenti tenuti dall'impresa sul mercato per influenzare a proprio vantaggio le scelte e quindi la domanda dei consumatori>>.

⁷⁶ Cfr. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, vol. I, Milano, 1995, 147

⁷⁷ Tali principi sono stati applicati dalla giurisprudenza in diverse occasioni nelle quali la responsabilità contrattuale è stata ricollegata al c.d. "contatto sociale: con riferimento alla responsabilità medica cfr. Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332; Id., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Resp. e risarcimento*, 2006, fasc. 6, 64; Id., 24 maggio 2006, n. 12362, in *Rep Foro it.*, 2006, <<Professioni intellettuali>>, n. 198 Cass. 28 maggio 2004, n. 10297, in *Foro it.*, 2005, I, 2479; in merito alla responsabilità del sorvegliante dell'incapace cfr. Cass. 18 luglio 2003, n. 11245, in *Nuova giur. civ.*, 2004, I, 491; con riguardo al ruolo rivestito dall'amministratore di fatto v. Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Corr. giur.*, 1999, 1396. Recentemente Cass., S.U. 26 giugno 2007, n. 14712, in *Banca Borsa*, 2008, II, 567 ha affermato la natura contrattuale della responsabilità della banca per violazione nei confronti dei terzi dei doveri professionali di protezione derivanti dalle norme che disciplinano l'incasso degli assegni muniti della clausola di non trasferibilità, precisando che: <<è opinione ormai quasi unanimemente condivisa dagli studiosi quella secondo cui la responsabilità nella quale incorre "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta" (art. 1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell'accezione che ne dà il successivo art. 1321 c.c., ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte>>. Nello stesso senso, con riferimento al mediatore non mandatario, cfr. Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in

di comportamento che incombono sul soggetto tenuto a fornire una determinata informazione costituiscono autonome fonti di obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c. idonei a trasformare il contatto (generalmente definito come "sociale") in un vero e proprio rapporto obbligatorio fondato sull'affidamento incolpevole riposto nella regolarità del comportamento del soggetto tenuto ad informare e pertanto disciplinato dall'art. 1218 c.c.⁷⁸.

Tale orientamento, diretto essenzialmente ad alleviare gli oneri probatori del danneggiato altrimenti applicabili per gli illeciti extracontrattuali⁷⁹, persegue finalità che paiono coincidere con l'agevolazione dell'accesso alla giustizia dei consumatori. Per questa via si potrebbe quindi giungere ad un ragionevole ampliamento delle fattispecie di responsabilità sanzionabili attraverso l'art. 140bis: si pensi ad esempio alla responsabilità dei soggetti (società di revisione, agenzie di rating⁸⁰, analisti finanziari⁸¹, banche d'affari responsabili dei consorzi di collocamento⁸², protagonisti dei numerosi scandali finanziari del nuovo millennio) tenuti a specifici obblighi di informazione necessari per assicurare l'integrità dei mercati finanziari e la

www.altalex.com. Per ulteriori riferimenti anche dottrinali cfr. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2005, 159; in argomento v. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004

Di particolare interesse, anche perché resa in un giudizio litisconsortile che vedeva come attori centinaia di investitori danneggiati, è la decisione del Trib. Milano, 25 luglio 2008, in www.ilcaso.it, sez I, doc. 1645 che ha affermato la responsabilità contrattuale del presidente del consiglio di amministrazione, della società di revisione e dello sponsor del collocamento nonché la responsabilità extracontrattuale della Consob per la pubblicazione del prospetto di quotazione della società Freedomland contenente informazioni false. E' interessante notare come il Tribunale milanese, non senza qualche contraddizione, afferma che la responsabilità di tali soggetti, ed in particolare della società di revisione, si colloca nell'ambito della responsabilità precontrattuale, trattandosi di elaborazione di dati che servono alla formazione della volontà contrattuale, salvo poi inquadrarla nell'ambito della responsabilità contrattuale da inadempimento di obbligazioni preesistenti, con l'esclusione della Consob la quale, non avendo assunto volontariamente tali obblighi, può rispondere solo ex art. 2043 c.c.

⁷⁸ Cfr. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., 221 ss; ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 502 ss..

⁷⁹ Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit, 469; THIENE, *Inadempimento alle obbligazioni senza prestazione*, cit., 322.

⁸⁰ Sulla responsabilità delle agenzie di rating, FACCI, *Il rating e la circolazione del prodotto finanziario: profili di responsabilità*, in *Resp.civ. e prev.*, 2007, 933; GOMELLINI, *Gli scandali dei mercati finanziari, l'attività di rating e i Modelli di prevenzione dei reati (a margine del recente intervento legislativo di "salvataggio" del rating dei titoli risultanti da operazioni di cartolarizzazione di canoni di leasing e della prossima attuazione del Nuovo Accordo di Basilea 2)*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2004, 594

⁸¹ In argomento cfr. MAZZONI, *Osservazioni in tema di responsabilità civile degli analisti finanziari*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, p. 209; DI CASTRI, *I conflitti di interesse degli analisti finanziari: disciplina statunitense, evoluzione della normativa comunitaria e prospettive per l'ordinamento italiano*, in *Banca impresa società*, 2004, p. 483

⁸² Cfr. Trib. Milano, 25 luglio 2008, cit.

tutela dell'investitore che nell'esperienza statunitense rappresentano le più diffuse tipologie di *class actions*⁸³.

Si deve però realisticamente rilevare che in molti di questi casi l'inquadramento della responsabilità del "professionista" come contrattuale è soggetta a notevoli incertezze interpretative⁸⁴ che potranno disincentivare l'avvio dell'azione che può presentare un rischio eccessivamente elevato tale da non giustificare un adeguato investimento finanziario nella causa collettiva.

Occorre infine segnalare che l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 140bis incontra una importante limitazione temporale in quanto l'art. 49, 2° co., l. 23 luglio 2009, n. 99, prevede che : <<le disposizioni dell'articolo 140-

⁸³ Cfr. COFFEE, *Reforming the Securities Class Action*, cit., 1548 il quale riporta che negli anni compresi tra il 1996 ed il 2004 negli Stati Uniti sono state avviate in media ogni anno 196 *securities class actions*. Tali azioni esercitate contro amministratori, società quotate e società di recisione rappresentano quasi sempre i casi di contenzioso collettivo di maggiori dimensioni economiche per gli importi riconosciuti in via transattiva (il caso Enron si è chiuso con una transazione per 7.160,5 milioni di dollari, Worldcom 6.156,3 milioni, Cendant 3.520 milioni, AOL Time Warner \$2.500 milioni).

⁸⁴ Non essendo qui possibile esporre nemmeno per sommi capi i problemi interpretativi sull'inquadramento della natura della responsabilità per le fattispecie sopra individuate nel testo, ci si può limitare a richiamare gli orientamenti contrastanti emersi con riguardo alla responsabilità della società di revisione nei confronti degli azionisti ed obbligazionisti. La prevalente giurisprudenza (Cfr. Cass., 18 luglio 2002, n. 10403, in *Società*, 2002, 1513, con nota di SALAFIA; Trib. Milano 21 ottobre 1999, cit; App. Milano, 7 luglio 1998, in *Società*, 1998, 1171 con nota di SALAFIA; Trib. Milano, 18 giugno 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 1 con nota di MONTALENTI, *Responsabilità extracontrattuale della società di revisione per negligente certificazione*) e l'orientamento dottrinario in passato dominante (MAGGIOLINO, *Commento all'art. 2409sexies*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2005, 582 ss ; NUZZO, *Commento all'art. 164*, in *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di Alpa e Capriglione, II, Padova, 1998, 1510; BALZARINI, *Commento all'art. 164*, in *La disciplina delle società quotate*, a cura di Marchetti e Bianchi, II, Milano, 1999, 1945) hanno ricondotto la responsabilità da revisione al generale principio del *neminem laedere* di cui all'art. 2043, facendo spesso ricorso al modello della responsabilità derivante dalla divulgazione di informazioni economiche inesatte. Tale qualificazione è stata tuttavia messa in discussione dai più recenti contributi dottrinari che l'hanno qualificata come contrattuale in considerazione delle specificità della revisione obbligatoria e del ruolo del revisore che assume i tratti di un'attività istituzionale inserita in un sistema pubblicistico di vigilanza diretto alla protezione del mercato e quindi di interessi ulteriori rispetto a quelli della sola società che abbia conferito l'incarico (cfr. BUTA, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, cit., 169 ss; FACCI, *Il danno da informazione inesatta nell'attività di revisione contabile*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2007, 2019; BARCELONA, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, Torino, 2003, 247; FORTUNATO, *Art. 2409sexies*, in *Società di capitali. Commentario a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres*, 2, artt. 2380-2448, Napoli, 2004, 852 e ss ove ulteriori riferimenti al dibattito dottrinale).

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

Tale disposizione risolve la questione che si era posta all'indomani dell'approvazione del vecchio testo dell'art. 140*bis* relativa all'applicabilità dell'azione collettiva risarcitoria agli illeciti commessi in un momento precedente all'entrata in vigore della legge. La questione, sollevata in particolare dalle organizzazioni imprenditoriali, era stata risolta dalla dottrina in maniera pressoché univoca sulla semplice considerazione che l'art. 140*bis* non prevedeva alcun nuovo diritto, per il quale si sarebbe potuto correttamente porre un problema di irretroattività della legge, ma uno strumento processuale per l'esercizio di diritti preesistenti come tale applicabile dalla sua entrata in vigore⁸⁵. Non si può nascondere che l'attuale limitazione non abbia alcuna giustificazione diversa dal porre le imprese potenziali convenute al riparo dalle azioni di classe per un elevato numero di illeciti, in quanto anche il nuovo art. 140*bis* non introduce alcun nuovo diritto sostanziale per i consumatori.

6. L'identità dei diritti

Questione fondamentale nell'interpretazione del nuovo art. 140 bis riguarda il significato da attribuire alle espressioni in “situazione identica” riferito ai “diritti contrattuali” di una pluralità di consumatori (2° co. lett. a) e “diritti identici” ripetuto alle lett. b) e c) con riguardo alle pretese dei consumatori per i danni da prodotti difettosi, da pratiche commerciali scorrette o anticoncorrenziali. L'identità dei diritti rappresenta infatti un requisito indispensabile affinché il Tribunale possa dichiarare l'azione di classe ammissibile, come previsto al sesto comma.

Il requisito dell'identità della situazione contrattuale o dei diritti dei consumatori, oltre a non essere mai stato utilizzato dal legislatore non solo nel settore consumeristico, pare poco coerente sia con il generale panorama legislativo degli altri ordinamenti che hanno introdotto strumenti risarcitori collettivi, nei quali non è rintracciabile una simile disposizione, sia con altre previsioni contenute all'art. 140*bis*.

⁸⁵ Cfr. CHIARLONI, *Il nuovo art. 140bis*, cit., 112; GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., 226.

In linea generale si deve osservare che il riconoscimento del diritto alla restituzione di somme ed al risarcimento del danno richiede sempre (i) l'accertamento di un "comportamento illegittimo" imputabile al convenuto; (ii) l'esistenza di un danno o di un indebito pagamento; e quanto alle domande risarcitorie (iii) l'esistenza del nesso di causalità tra l'illecito ed il danno. Effettuati tali accertamenti, che attengono all'esistenza del diritto, il concreto ristoro del soggetto leso richiede (iv) la quantificazione del danno subito individualmente o la determinazione della somma da restituire.

Problema comune a tutti gli illeciti di massa e quindi agli strumenti di tutela risarcitoria collettiva riguarda il rapporto tra le questioni (di diritto e di fatto) comuni a tutti i danneggiati e le questioni di carattere individuale che possono attenersi solo a sottogruppi di danneggiati o anche a singoli individui.

Non v'è dubbio che la tutela risarcitoria collettiva si giustifichi proprio in quelle situazioni nelle quali sia ravvisabile un comportamento plurioffensivo (o una pluralità di identici comportamenti ripetuti nei confronti di una collettività di soggetti), idoneo a ledere un elevato numero di danneggiati in maniera seriale. Allo stesso tempo non può nemmeno dubitarsi che gli strumenti di tutela collettiva non siano appropriati per affrontare illeciti di natura individuale.

6.1. *Il rapporto tra questioni comuni a tutti i membri della classe e questioni individuali negli ordinamenti stranieri*

Il rapporto tra questioni comuni e questioni individuali nelle azioni risarcitorie collettive è stato affrontato nei principali ordinamenti stranieri secondo due differenti approcci⁸⁶: quello proprio delle *class action* statunitensi per le quali è richiesta la prevalenza delle questioni comuni a tutti i membri della classe rispetto a quelle personali ad ognuno; quello adottato per *class actions* in Australia ed in Canada, o quello ancora diverso emerso in Germania o in Inghilterra che, seppur con alcune distinzioni, consentono la decisione anche solo di una questione di fatto o di diritto comune a tutti i membri del gruppo.

Negli Stati Uniti, dopo un lungo dibattito, con soluzioni oscillanti tra l'applicabilità e l'inapplicabilità della *Rule 23* ai casi nei quali vi fosse anche

⁸⁶ In argomento, anche per riferimenti, si rinvia a MARENGO, *Garanzia processuale e tutela dei consumatori*, Torino, 2007, 64

solo una o più questioni comuni a tutti i membri della classe, si è rafforzata, e poi definitivamente consolidata con l'intervento della Corte Suprema⁸⁷, la soluzione maggiormente restrittiva che richiede la prevalenza (*predominance*) delle questioni comuni su quelle individuali⁸⁸.

Tale soluzione, dimostratasi particolarmente restrittiva per i casi di *mass tort litigation* non è stata però seguita né negli ordinamenti che hanno introdotto strumenti processuali vicini alle *class action* statunitensi, né negli ordinamenti europei.

La disciplina delle *class actions* introdotta dal Governo federale australiano nel 1992, forse proprio in ragione dei limiti emersi negli Stati Uniti, ha notevolmente ammorbidito il requisito della *commonality* prevedendo da un lato che la "classe" debba essere composta da almeno sette persone, che le domande si fondino su circostanze identiche, simili o anche solamente collegate, che esse diano luogo almeno ad un *substantial common issue* di fatto o di diritto, e, dall'altro, estendendo l'esperibilità della *class action* anche alle controversie che coinvolgono *individual issues*⁸⁹.

Analogo approccio è stato seguito anche dalla legislazione delle province canadesi che non richiede né l'identità, né la predominanza delle questioni comuni, essendo invece sufficiente che la loro risoluzione sia suscettibile di incidere sul giudizio⁹⁰.

Il requisito della *predominance* è stato abbandonato anche dal legislatore inglese nel 2000 che, con l'introduzione del c.d. *Group Litigation Order*, ha voluto superare i limiti delle tradizionali *representative suits*, le quali richiedono, come emerso nell'interpretazione giurisprudenziale a

⁸⁷ Cfr. *Amchem Products Inc. v. Windsor*, 821 US 591, 117 S Ct 2231 (1997). Il caso, relativo ai danni da esposizione all'amianto subiti da diverse centinaia di migliaia di individui, riguardava una classe estremamente disomogenea in quanto i danneggiati erano stati esposti a prodotti differenti, per diversi periodi di tempo, in momenti diversi e con conseguenze dannose disomogenee. La Corte Suprema ha ritenuto non soddisfatto il criterio della prevalenza delle questioni comuni in ragione della peculiarità delle questioni che coinvolgevano non solo le differenti classi dei danneggiati ma anche i singoli individui appartenenti a ciascuna sottoclasse.

⁸⁸ Cfr. MARENGO, *Garanzia processuale e tutela dei consumatori*, cit., 64 ss. Con riferimento alle azioni proposte nei confronti delle imprese produttrici di tabacchi v. BONA, "Class action", "Group Action" e "azione collettiva risarcitoria": modelli europei a confronto, in *Obiettivo class action*, cit., 12.

⁸⁹ In argomento cfr. MULHERON, *The class action in common law legal system*, cit., 214 e ss.; MARENGO, *Garanzia processuale e tutela dei consumatori*, cit., 89 e ss.; BONA, "Class action", "Group Action" e "azione collettiva risarcitoria", cit., 24 e ss.

⁹⁰ Sul punto cfr. MARENGO, *Garanzia processuale e tutela dei consumatori*, cit., 86, nt. 124 il quale riporta alcuni casi in cui la *Supreme Court of British Columbia* ha ritenuto che la idoneità di un prodotto all'uso cui è destinato debba considerarsi questione comune sufficiente a fondare la *certification*, riservando a successivi giudizi individuali l'accertamento della negligenza del produttore, la verifica del nesso di causalità e la quantificazione dei danni

partire dal XIX secolo, l'identità del titolo, dell'interesse e del provvedimento richiesto per tutti i soggetti rappresentati⁹¹, limitandone pertanto l'applicabilità ai casi di *mass tort litigation*. Il *Group Litigation Order* consente invece che oggetto dell'azione di gruppo siano anche solo questioni di diritto o di fatto comuni o anche solo connesse, apportando così una distinzione tra *trial of common issues* e *trial of individual issues*⁹².

Soluzione analoga è anche quella adottata in Germania con il c.d. processo modello che può riguardare anche solo una stessa questione di diritto o di fatto comune⁹³.

Se il modello statunitense ha certamente il pregio di consentire una diretta e forse più immediata tutela risarcitoria, quello emerso, pur con notevoli differenze, negli altri ordinamenti tanto di *civil*, quanto di *common law*, permette invece un allargamento della tutela collettiva che può riguardare anche gruppi o classi connotate da una più marcata disomogeneità, relativamente alle quali il giudizio collettivo si può fermare anche solo ad una o più delle questioni comuni, ovvero ad uno dei tasselli necessari per il riconoscimento del diritto individuale al risarcimento del danno.

L'azione collettiva risarcitoria introdotta con l'art. 140-*bis* nel 2007, quantomeno con riferimento al rapporto tra questioni comuni a tutti i membri della classe e questioni individuali, rappresentava una sintesi tra i due modelli in quanto poteva consentire l'accesso alla tutela collettiva sia in quelle situazioni in cui, data la forte predominanza degli aspetti comuni a tutti gli aderenti, era possibile una sentenza che determinasse la (ovvero, come si è ritenuto⁹⁴, condannasse il convenuto alla) corresponsione degli

⁹¹ Cfr. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., 147 e ss

⁹² Cfr. in particolare Rule 19.10: "A Group Litigation Order ('GLO') means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the 'GLO issues')"; Practice Direction 15: "The management court may give direction 1) for the trial of common issues and 2) for the trial of individual issues. Common issues and test claims will normally be tried at the management court. Individual issues may be directed to be tried at other courts whose locality is convenient for the parties".

⁹³ In argomento cfr. CONSOLO – RIZZARDO, *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova: Inghilterra e Germania*, *Riv trim dir proc civ*, 2006, 896; CAPONI, *Strumenti di tutela collettiva nel processo civile: l'esempio tedesco*, in *Le azioni collettive in Italia. Profili teorici ed aspetti applicativi*, a cura di Belli, Milano, 2007, 66 e ss.; HODGES, *Multi party actions*, Oxford, 2001; MARENGO, *Garanzie processuali*, cit., 74 e ss

⁹⁴ CAPONI, *Litisconsorzio aggregato*, cit., 840 s; CONSOLO, *I contenuti decisori del processo collettivo*, in *Obiettivo class action*, cit., 218; GIUSSANI, *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 342; PAGNI, *Azione inibitoria delle associazioni e azione di classe risarcitoria: le forme di tutela del codice del consumo tra illecito e danno*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2008, 1, 135; in senso contrario, cfr. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria*, cit., 23; BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., 25 ss; CHIARLONI, *Il nuovo articolo 140bis*, cit., 122 ss.

importi minimi dovuti, sia laddove una più marcata differenziazione tra le posizioni individuali aggregate consentiva solo pronunce di accertamento, seppur con i tratti di una condanna generica rafforzata⁹⁵.

6.2. Il rapporto tra le questioni comuni e quelle individuali nel nuovo art. 140bis

Il requisito dell'identità dei diritti (o della situazione contrattuale sottostante) rappresenta un profilo di disciplina nuovo rispetto alla precedente formulazione della norma e, a quanto consta, sconosciuto anche in altri contesti normativi.

Un'interpretazione letterale della norma potrebbe portare a ritenere che tutti gli elementi che connotano i rapporti obbligatori dedotti in giudizio dall'attore e dagli aderenti debbano essere identici. Sarebbe quindi richiesta non solo l'identità del debitore, ma anche dell'oggetto della prestazione (la richiesta risarcitoria o restitutoria), il titolo, ovvero la fonte in forza del quale è sorto il rapporto obbligatorio, da intendersi tanto come il rapporto obbligatorio sottostante, quanto come il fatto generatore del danno o dell'inadempimento⁹⁶.

Tale interpretazione potrebbe avere un solido fondamento solo qualora il legislatore avesse imposto che l'azione di classe debba sempre e comunque concludersi con una sentenza di condanna al pagamento di una somma liquida ed esigibile, senza prevedere la possibilità che il provvedimento finale consista in una condanna generica che richieda successivi giudizi individuali di completamento diretti alla valutazione delle questioni personali di ogni singolo aderente.

Un'interpretazione letterale dell'art. 140bis non pare però accettabile sia in considerazione del complessivo quadro normativo degli ordinamenti stranieri che hanno recentemente introdotto sistemi collettivi risarcitori i quali non solo non hanno richiesto l'identità dei diritti individuali omogenei, ma si sono addirittura allontanati dal requisito della prevalenza delle questioni comuni su quelle individuali che caratterizza la *class action* statunitense, sia, soprattutto, in quanto l'azione di classe prevista all'art. 140bis non è sempre destinata a concludersi con un provvedimento di

⁹⁵ In argomento, con riferimento alla precedente formulazione dell'art. 140bis, mi sia consentito rinviare a FIORIO, *L'oggetto*, cit., 1448 ss.

⁹⁶ Non paiono ai nostri fini decisivi elementi accessori del rapporto quali il luogo ed il tempo nel quale deve essere adempiuta l'obbligazione.

condanna al pagamento, a titolo risarcitorio o restitutorio, di somme liquide ed esigibili⁹⁷.

In particolare l'identità dei diritti fatti valere nell'azione di classe non può dipendere dalla quantificazione del danno subito dai consumatori in quanto il dodicesimo comma prevede che la sentenza che accoglie la domanda possa alternativamente liquidare <<le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione>> o stabilire <<il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme>>. I danni subiti dai singoli consumatori possono essere quindi differenziati purché liquidabili sulla base di criteri omogenei (non solo e non sempre riconducibili a mere operazioni di calcolo⁹⁸) a tutti i membri della classe.

Se quindi l'azione di classe è esperibile anche in presenza di conseguenze dannose diversificate, pare evidente che ogni tentativo di interpretare in maniera letterale e rigorosa il requisito dell'identità dei diritti fatti valere si poggi su fondamenta poco solide.

Tale conclusione pare trovare un'ulteriore conferma nel primo comma ai sensi del quale ogni componente della classe <<può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni>>. Se si considera che l'accertamento della responsabilità del convenuto è sempre necessario affinché possa essere emessa una pronuncia di condanna al risarcimento del danno o alla restituzione delle somme, a meno di non voler concludere che il legislatore sia incorso in un'inutile ripetizione, si può ritenere che l'azione di classe possa essere circoscritta anche alla sola domanda di accertamento, non accompagnata dalla richiesta di liquidazione delle somme dovute⁹⁹. In questo modo si valorizzerebbe l'esigenza, avvertita in molti ordinamenti stranieri, di ampliare l'accesso alla giustizia risarcitoria collettiva anche ai casi in cui l'unica questione comune riguarda l'accertamento dell'illecito posto in essere dal convenuto, che, con una valutazione prognostica, risulti astrattamente idoneo a ledere i diritti dei consumatori e a determinare, di conseguenza, il loro diritto risarcitorio e restitutorio.

La sentenza che conclude l'azione di classe determinando i criteri omogenei di calcolo per la liquidazione del danno è infatti una sentenza di condanna generica, che, come posto in luce in dottrina, è sempre un

⁹⁷ Cfr. CAPONI, *La riforma della class action*, cit., § 6

⁹⁸ In argomento v. *infra* § 7.

⁹⁹ In tal senso v. CAPONI, *La riforma della class action*, cit., § 6 secondo il quale il fatto che le <<le due ipotesi siano congiunte attraverso una “e” e non disgiunte attraverso una “o” significa poco>>.

provvedimento di accertamento a contenuto complesso¹⁰⁰. Se si considera che, già con riferimento ai giudizi individuali per il risarcimento del danno, l'art. 278 c.p.c. viene interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, nel senso che sia sufficiente l'accertamento della sussistenza di un fatto potenzialmente produttivo del danno¹⁰¹, non si può escludere che la sentenza che definisce l'azione di classe si limiti a tale accertamento, lasciando a successivi giudizi di completamento individuali la trattazione delle questioni personali.

L'ammissibilità di azioni di classe di mero accertamento pare del resto trovare conferma nelle lettere b) e c) del secondo comma che consentono espressamente le azioni di risarcimento del danno da prodotto difettoso o da pratiche anticoncorrenziali. E' pressoché impossibile pensare che i danni provocati da un prodotto difettoso a migliaia di consumatori possano essere accertati e liquidati in assenza di specifiche valutazioni individualizzate e calibrate su ogni singolo danneggiato il quale può aver riportato conseguenze

¹⁰⁰ In tal senso, con riferimento al vecchio art. 140bis, cfr. CAPONI, *Litisconsorzio aggregato*, cit., 839; CONSOLO, *I contenuti decisori del processo collettivo*, cit., 214 secondo il quale l'antitesi tra accertamento e condanna generica sarebbe sterile in quanto la condanna generica non è una vera *species* del *genus* di condanna, ma una sentenza di accertamento a contenuto complesso.

Sulle origini storiche della condanna generica cfr. CHIARLONI, *Appunti sulle tecniche di tutela collettiva*, cit., 18 il quale rileva che “negli anni trenta del secolo scorso, alcuni giudici di merito, giustamente preoccupati del fatto che le sentenze di mero accertamento della responsabilità aquiliana non costituissero titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale (a differenza di quanto avveniva in altri ordinamenti, come il francese) fecero un'opera di manipolazione linguistica e di distorsione concettuale per ottenere l'iscrivibilità della garanzia, dando a quella sentenza il nome di ‘condanna generica’. Operazione avallata poi dal legislatore del nuovo codice con l'art. 278”.

¹⁰¹ Il principio secondo cui la pronuncia di condanna generica richiede necessariamente l'accertamento del diritto controverso in tutti gli elementi che lo compongono non viene accolto nella sua interezza dalla dottrina e dalla giurisprudenza nei casi di responsabilità contrattuale o aquiliana. L'orientamento prevalente ritiene infatti sufficiente l'accertamento di un fatto potenzialmente produttivo del danno, ovvero l'esistenza di una condotta illecita e dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa, mentre non solo la quantificazione, ma anche l'esistenza del danno e del nesso di causalità, da valutarsi al momento della pronuncia *ex art. 278 c.p.c.* in termini di probabilità o di verosimiglianza, possono essere oggetto di valutazione nella fase successiva di determinazione del *quantum*. Cfr. da ultimo Cass., 31 luglio 2006, n. 17297, *Rep. Foro it.*, 2006, voce “*Sentenza civile*”, n. 83: “Poiché la condanna generica al risarcimento del danno per fatto illecito extracontrattuale postula, quale presupposto legittimante, soltanto l'accertamento di un fatto potenzialmente produttivo di conseguenze dannose, è riservato al giudice della liquidazione l'accertamento dell'esistenza effettiva del danno e della sua entità, nonché del nesso di causalità fra questo ed il fatto illecito”; nello stesso senso cfr. tra le molte Cass., 22-11-2000, n. 15066, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce “*Sentenza civile*”, n. 71; Cass., 7-2-1998, n. 1298, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce “*Sentenza civile*”, n. 82; Cass., 21-5-1997, n. 4511, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce “*Sentenza civile*”, n. 82; Cass., 15-5-1996, n. 4514, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce “*Sentenza civile*”, n. 13; Cass., 7-5-1994, n. 4467, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce “*Sentenza civile*”, n. 10. Per ampi riferimenti a dottrina e giurisprudenza cfr. MONTANARI, *Commento all'art. 278*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da Consolo e a cura di Consolo e Luiso, Milano, 2007, 2147.

dannose diversificate, può aver utilizzato il prodotto secondo modalità differenti, o potrebbe essere stato danneggiato anche da altri eventi concomitanti¹⁰². Ritenere che l'azione collettiva risarcitoria da prodotto difettoso sia esercitabile solo qualora l'esistenza del diritto al risarcimento del danno dei membri della classe sia accertabile in via generale ed identica per tutti i danneggiati equivarrebbe di fatto a rendere la norma inapplicabile, in palese contrasto con l'esigenza avvertita dal legislatore di consentire l'azione di classe anche per tali illeciti.

Se si ritengono quindi ammissibili azioni di classe anche di mero accertamento e, comunque, se si considera che in ogni azione può differire l'oggetto dei diritti fatti valere, ovvero l'ammontare del risarcimento del danno o delle somme da restituire, che come si è detto possono essere differenziati purché determinabili in maniera omogenea, il requisito dell'identità non può che essere valutato con riferimento al titolo sulla cui base si fonda il diritto al risarcimento del danno o alla restituzione delle somme dovute. Tale soluzione trova del resto conferma in due specifici riferimenti normativi contenuti nell'art. 140*bis*, dai quali si evince chiaramente che sia l'azione di classe, sia l'adesione si caratterizzano per il titolo dedotto in giudizio :il 3° comma prevede che <<l'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo>>; il 14° precisa inoltre che <<non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione>>.

Una situazione contrattuale identica può essere quindi ravvisata in due distinte situazioni¹⁰³: (i) i consumatori devono aver concluso contratti (oppure, anche in assenza di un contratto, trovarsi nella stessa situazione idonea a dare luogo a responsabilità contrattuale, si pensi ad esempio alle obbligazioni senza prestazione o da contatto sociale) che, seppur distinti ed autonomi gli uni dagli altri, presentino il medesimo contenuto o comunque siano diretti a regolare diritti uguali; (ii) i membri della classe devono essere

¹⁰² Sottolinea tale aspetto CAPONI, *La riforma della class action, cit.*, § 6.

¹⁰³ Tale conclusione pare giustificata anche dal fatto che il secondo comma lett. a) presenta una differente formulazione rispetto alle lett b) e c): mentre in queste ultime si fa riferimento ai "diritti identici", la lett. a) specifica che l'azione tutela "i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica". L'utilizzo dell'espressione "situazione identica" in luogo di "diritti identici" si spiega in quanto negli illeciti contrattuali di massa il titolo sul quale si può fondare l'azione risarcitoria o restitutoria è diverso per ogni singolo apparentante alla classe e va identificato con il contratto che, seppur standardizzato, ha una sua ineliminabile autonomia individuale e con l'atto o il comportamento con il quale si sostanzia una violazione dei diritti del consumatore.

stati lesi da un comportamento unitario o da più atti di identica portata reiterati nel tempo ed idonei a ledere i loro diritti.

Se si prendono invece in considerazione i diritti cui fanno riferimento le lett. b) e c) del secondo comma, inquadrabili secondo gli schemi tradizionali nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, l'identità delle pretese fatte valere dovrà riguardare essenzialmente il titolo ovvero l'atto illecito idoneo a danneggiare la classe che, anche in questo caso, dovrà necessariamente estrinsecarsi in un comportamento unitario o comunque reiterato nel tempo.

La lettura del requisito dell'identità dei diritti in precedenza fornita pare tenere nella dovuta considerazione la circostanza che le controversie collettive risarcitorie possono presentare rilevanti differenze tipologiche che impongono all'interprete una ricostruzione flessibile ed ancorata ai singoli casi concreti, anche per ragioni di efficienza ed economia processuale che rendono preferibile affrontare in un solo giudizio collettivo l'accertamento dell'illiceità del comportamento plurioffensivo contestato¹⁰⁴.

Per valorizzare tali esigenze non pare poi contrario allo spirito della norma riconoscere al Tribunale la facoltà di determinare la classe dei danneggiati in maniera elastica. Il nono comma prevede infatti che con l'ordinanza che dichiara ammissibile il giudizio il tribunale <<definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione>>. Proprio tale norma consente al tribunale di assegnare un significato concreto al fumoso requisito dell'identità dei diritti di credito azionabili in giudizio. Non pare potersi escludere che nell'esercizio di tale potere il collegio possa anche procedere ad una suddivisione della classe in sottoclassi¹⁰⁵ in modo da poter raggruppare secondo il requisito di omogeneità pretese creditorie che, pur fondandosi sul medesimo titolo, siano tra loro differenziate sotto altri diversi aspetti. Si pensi ad esempio alle differenze che possono sussistere tra i danneggiati che abbiano acquistato un determinato prodotto in momenti diversi o ne abbiano fatto uso per periodi differenti. In tutti i casi l'azione si fonda su un titolo identico (la commercializzazione di un prodotto dannoso)

¹⁰⁴ Sottolinea in particolare la necessità di salvaguardare le esigenze di efficienza e di economia processuale nell'interpretazione della norma CAPONI, *La riforma della class action*, cit., § 6 e 7.

¹⁰⁵ La possibilità di suddividere la classe in sottoclassi è prevista negli Stati Uniti dalla Rule 23(c)(4)(B): <<“When appropriate (...) a class may be divided into subclasses and each subclass treated as a class, and the provisions of this rule shall then be construed and applied accordingly>>. Sull'argomento cfr. DODSON, *Subclassing*, in 27 *Cardozo Law Rev.*, 2006, 2351 ss secondo il quale la suddivisione in sottoclassi può consentire di ottenere la *certification* per i casi che altrimenti non incontrerebbero i requisiti previsti dalla rule 23, ed in particolare quello della prevalenza delle questioni comuni su quelle individuali.

anche se le conseguenze pratiche dell'illecito, non solo per quanto riguarda la quantificazione del danno, possono essere simili o identiche per sottogruppi di danneggiati.

7. Il contenuto della sentenza che accoglie la domanda

Le norme rilevanti per determinare il contenuto della sentenza che accoglie la domanda sono il primo comma che specifica che l'azione è diretta <<all'accertamento della responsabilità>> e alla <<condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni>> e, più specificatamente il dodicesimo che prevede che <se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme>>.

Il nuovo art. 140**bis** appare certamente più chiaro rispetto alla precedente formulazione della norma che aveva suscitato interpretazioni contrastanti. Parte della dottrina aveva ritenuto che l'attore collettivo potesse ottenere solo una sentenza di accertamento (o di condanna generica)¹⁰⁶ mentre altro orientamento era arrivato ad affermare che si trattasse di una vera e propria sentenza di condanna che poteva costituire titolo esecutivo per gli aderenti all'azione¹⁰⁷.

Tali dubbi paiono oggi risolti. La sentenza resa in esito all'azione di classe può assumere più chiaramente la natura un provvedimento di condanna¹⁰⁸, come si desume non solo dal primo comma della norma, ove si prevede che l'attore può agire per <<la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni>>, ma soprattutto dal dodicesimo che fa espresso ed esplicito riferimento alla <condanna>> ed alla conseguente liquidazione delle somme dovute a titolo risarcitorio o restitutorio, premurandosi di specificare che la stessa diviene esecutiva decorsi 180 giorni e che i pagamenti effettuati entro tale termine non sono soggetti ad incrementi per interessi e rivalutazione.

¹⁰⁶ Cfr. COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria*, cit., 23; BRIGUGLIO, *L'azione collettiva risarcitoria*, cit., 25 ss; CHIARLONI, *Il nuovo articolo 140bis*, cit., 122 ss.

¹⁰⁷ CAPONI, *Litisconsorzio aggregato*, cit., 840; CONSOLO, *I contenuti decisori del processo collettivo*, cit., 217 ss; GIUSSANI, *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, cit., 342; PAGNI, *Azione inibitoria*, cit., 135.

¹⁰⁸ Cfr. CAPONI, *la riforma della "class action"*, cit., § 22; MINERVINI, *Art. 140bis*, cit., 584.

Anche il nuovo art. 140*bis* pare seguire la strada già tracciata dal legislatore del 2007 che, in ragione delle differenti peculiarità delle azioni di classe o seriali, aveva ritenuto opportuna una soluzione elastica che consentisse di adattare il contenuto decisorio della sentenza alle molteplici caratteristiche degli illeciti di massa. In alternativa alla liquidazione del danno il Tribunale può infatti determinare <<il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme>>. Quindi, mentre in caso di liquidazione delle <<somme definitive>> l'azione collettiva decide in maniera completa in ordine ai crediti dedotti in giudizio, qualora il Tribunale si avvalga della possibilità di determinare i criteri per la liquidazione, la sentenza conterrà l'accertamento della responsabilità del convenuto e la sua condanna (generica) al risarcimento del danno che potrà essere liquidato in eventuali giudizi individuali di completamento.

Anche su questo aspetto si registrano alcune differenze rispetto al testo previgente in quanto non è più prevista la determinazione di generali <<criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere>>, ma si specifica che questi devono essere omogenei, dovendo quindi riguardare indistintamente la classe o eventuali sottoclassi individuate dal Tribunale, ed attenere esclusivamente al calcolo dell'ammontare del danno o delle somme dovute. La differenza tra le due norme pare ricollegabile principalmente al requisito dell'identità dei crediti che possono essere azionati con il giudizio, attraverso il quale si è voluta privilegiare la tutela collettiva per le classi di consumatori omogenee. Se tuttavia si vuole evitare che la determinazione dei criteri omogenei di calcolo si risolva in un espediente che consenta al Tribunale di omettere mere operazioni matematiche sulla base elementi di fatto già presi in considerazione con la decisione, si deve ritenere che l'applicazione dei criteri per la liquidazione del danno si giustifichi qualora sia necessaria la valutazione di circostanze di fatto non considerate nell'azione di classe o comunque non dedotte dagli aderenti. Sembra quindi possibile che tali criteri possano essere differenziati in ragione di elementi di fatto specifici ad ogni singolo consumatore, quali potrebbero essere, ad esempio, la data dell'acquisto del prodotto, il prezzo corrisposto, l'età del danneggiato.

La scelta tra la liquidazione delle <<somme definitive>> e la determinazione dei criteri di liquidazione può quindi consentire al Tribunale di modellare il contenuto della decisione in ragione delle caratteristiche dei singoli illeciti: ove sia possibile la liquidazione, esigenze di economia processuale e di salvaguardia delle scarse risorse giudiziarie da assegnare al singolo illecito, dovranno portare il tribunale a chiudere definitivamente le pretese creditorie, evitando il ricorso ai giudizi individuali; ove invece tale

risultato sia impossibile, o estremamente difficile per il numero di aderenti o per le specificità di ciascuna posizione dedotta in giudizio, sarà preferibile semplificare l'azione di classe lasciando ad eventuali inevitabili giudizi individuali la determinazione del *quantum*.

Una seconda differenza rispetto al vecchio art. 140bis sta nell'eliminazione della possibilità di determinare nella fase collettiva <<la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente>>, lasciando eventualmente al giudizio individuale la liquidazione residua. Tale possibilità parrebbe oggi esclusa dalla norma che definisce le somme oggetto di liquidazione come <<definitive>>. Vietare tuttavia la liquidazione parziale del danno pare irrazionale ed illogico posto che, come si è visto, l'azione di classe può concludersi senza alcun provvedimento di condanna specifica, e non si vedrebbe quale ragione possa ostare al riconoscimento di una provvisionale. Si potrebbe quindi sostenere che, così come è possibile non liquidare alcuna somma, allo stesso modo dovrebbe essere consentito liquidare la somma (non definitiva) accertata in sede collettiva, lasciando ai giudizi di merito l'ulteriore liquidazione. In questo modo si potrebbero certamente valorizzare le esigenze di accesso alla giustizia da parte dei consumatori, che anche nei casi più complessi, potrebbero già con l'azione di classe vedere soddisfatti seppur parzialmente i propri crediti.

In definitiva si può ritenere che l'azione di classe prevista all'art. 140bis può avere indifferentemente natura unitaria o bifasica potendosi concludere con tre differenti tipologie di sentenze:

- (i) una sentenza di condanna che costituisce titolo esecutivo non solo per l'attore, ma per tutti gli aderenti;
- (ii) una sentenza di condanna generica (o di accertamento del diritto risarcitorio o restitutorio), rafforzata dalla determinazione dei criteri per la liquidazione dei crediti risarcitori o restitutori, e, eventualmente, dalla liquidazione delle somme minime dovute determinabili già nell'azione di classe;
- (iii) una sentenza di mero accertamento relativa alla sola illegittimità del comportamento plurioffensivo del convenuto.

8. La liquidazione del danno

La liquidazione del danno nei giudizi collettivi richiede il bilanciamento di due esigenze contrapposte: da un lato, l'accuratezza della decisione e il

conseguente ristoro integrale del pregiudizio subito, dall'altro, la possibilità di ricorrere a criteri standardizzati che consentano un agevole impiego dell'azione di classe, altrimenti destinata a rimanere invischiata in un processo che potrebbe perdere la propria natura collettiva¹⁰⁹.

L'art. 140bis, al dodicesimo comma specifica che con la sentenza di condanna il Tribunale <<liquida, ai sensi dell'art. 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione>>.

Tale disposizione si presta a tre possibili differenti interpretazioni: si può ritenere che il riferimento alla liquidazione del danno secondo equità rappresenti una deroga al principio generale sancito all'art. 1223 c.c. ai sensi del quale sono risarcibili tanto il danno emergente quanto il lucro cessante in quanto nelle azioni di classe il danno non potrebbe essere mai liquidato nel suo preciso ammontare; si potrebbe invece concludere nel senso opposto che la norma non intenda apportare alcuna deroga ai principi generali, limitandosi invece a ribadire, con chiara valenza rafforzativa, la possibilità di ricorrere ad una valutazione equitativa qualora la prova dell'effettivo danno subito, seppur astrattamente possibile, risulti difficile in un giudizio collettivo; si può infine ritenere che il richiamo all'art. 1226 c.c. valga a consentire il risarcimento di danni ulteriori rispetto a quelli contemplati all'art. 1223 c.c. ed assimilabili in qualche misura ai danni non patrimoniali con funzione sanzionatoria e non ristoratoria.

Delle tre possibili interpretazioni pare preferibile la seconda in quanto consente di effettuare un attento bilanciamento tra l'applicazione dei principi generali ed il loro indispensabile adattamento alla dimensione collettiva del giudizio.

Innanzitutto si deve ritenere che vedere nel richiamo all'art. 1226 c.c. la possibilità di liquidare danni non compensativi ma punitivi o sanzionatori pare una chiara forzatura del dato normativo dal quale non può ritenersi che la valutazione equitativa del danno non abbia valenza prettamente compensativa¹¹⁰; l'introduzione dei danni punitivi avrebbe richiesto una più precisa e chiara presa di posizione del nostro legislatore anche in ragione dell'intenso dibattito dottrinale e delle più recenti decisioni

¹⁰⁹ In argomento cfr. GIUSSANI, *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, cit., 339.

¹¹⁰ In tal senso cfr. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, Milano, 2004, 172; VISINITINI, *La valutazione equitativa del danno*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, 3, cit., 453

giurisprudenziali¹¹¹ che hanno negato la compatibilità dei danni punitivi con i principi generali del nostro ordinamento.

Analoghe considerazioni possono portare ad escludere che il legislatore abbia inteso apportare una deroga ai principi generali anche in ragione del fatto che un eventuale divieto di applicare nelle azioni di classe l'art. 1223 c.c., in quanto integralmente sostituito dall'art. 1226 c.c., si esporrebbe ad evidenti dubbi di legittimità costituzionale per la violazione del principio di uguaglianza sancito all'art. 3 Cost. in quanto la medesima pretesa creditoria potrebbe essere trattata in maniera differenziata (e potenzialmente anche sfavorevolmente al danneggiato) a seconda che la stessa sia fatta valere in un giudizio individuale, nel quale sarebbe possibile la prova del danno emergente o del lucro cessante, o in un'azione di classe, nella quale la liquidazione potrebbe avvenire solo e sempre in via equitativa, anche qualora fosse possibile applicare i principi generali.

Se si considera invece che anche la liquidazione del danno nelle azioni risarcitorie di classe può presentare problemi diversi a seconda della natura dei singoli illeciti dedotti in giudizio, in quanto in alcuni casi è certamente possibile fornire una prova precisa e specifica dell'ammontare del danno, mentre in altre situazioni tale onere probatorio è impossibile o di notevole difficoltà, pare preferibile un'interpretazione della norma che consenta al tribunale di modellare la liquidazione del danno in maniera flessibile. Qualora, nonostante la natura collettiva dell'azione, gli aderenti possano fornire la prova del danno (o delle somme comunque dovute a titolo restitutorio), il Tribunale dovrà liquidarlo secondo i canoni dell'art. 1223 c.c. Se invece le caratteristiche dell'illecito o la numerosità della classe rendono, seppur non impossibile, di notevole difficoltà la liquidazione, essa potrà avvenire secondo equità, al ricorrere dei presupposti che consentono in via generale l'applicazione dell'art. 1226 c.c. Una liquidazione equitativa, che non potrà in ogni caso prescindere dalla prova dell'esistenza del danno, può risultare estremamente utile laddove perduri una incertezza sulla sua effettiva misura¹¹². Il riferimento all'art. 1226 c.c. può quindi avere la finalità di rafforzare l'orientamento giurisprudenziale che ha spesso equiparato l'impossibilità di provare il preciso ammontare dei danni ad una sua notevole

¹¹¹ Cfr. Cass., 19 gennaio 2007, n. 1183, in *Giur. it.*, 2008, 395, con nota di GIUSSANI; in argomento cfr. BOERI PETRELLI, *Il principio di precauzione. Funzione preventiva e punitiva del risarcimento*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, cit., 157 ss.

¹¹² Tra le più recenti decisioni di legittimità cfr. Cass., 11 luglio 2007, n. 15585 in *Rep. Foro it.*, 2007, voce <<Danni civili>>, n. 381; Id., 20 aprile 2007, n. 9514, in *Danno e resp.*, 2007, 1028., Id., 15 marzo 2007, n. 5997, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce <<Sentenza civile>>, n. 67; Id., 3 marzo 1994, n. 2124, *ivi.*, 1994, voce <<Sentenza civile>>, n. 16; Id., 5 maggio 1988, n. 3340, in *Vita not.*, 1988, 744.

difficoltà¹¹³, che nel caso di specie dovrà essere valutata in ragione della natura collettiva del giudizio e della numerosità dei crediti fatti valere che, se trattati secondo le ordinarie regole in materia probatoria, comporterebbero inevitabilmente la paralisi del processo¹¹⁴.

La liquidazione equitativa pare quindi un criterio al quale i tribunali potranno di regola ricorrere in tutte quelle situazioni nelle quali la determinazione del *quantum* sia possibile su scala collettiva solo ricorrendo ai principi di regolarità statistica e dell'*id quod plerumque accidit*¹¹⁵. Essa potrà quindi avvenire sulla base degli elementi di fatto che caratterizzano la controversia da valutare caso per caso pur nel rispetto del principio della riparazione integrale¹¹⁶.

La medesima finalità di agevolare la liquidazione del danno su scala collettiva sorregge anche la previsione contenuta nel 12° co. che prevede che, per le azioni di classe proposte nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, <<il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate>>. Anche a tale proposito pare doversi ritenere che l'eventuale quantificazione del danno o di eventuali indennizzi contemplata nelle carte di servizio abbia un funzione ausiliaria per agevolare la liquidazione, fatta in ogni caso salva la possibilità per il Tribunale di procedere alla condanna di quanto effettivamente provato dagli aderenti.

9 Le adesioni e l'opt-in.

Come si è già accennato, l'azione di classe prevista dall'art. 140*bis*, segue, seppur con alcune necessarie precisazioni ed alcune modifiche, il modello dell'*opt-in* già tracciato con la precedente formulazione della norma.

Il nuovo art. 140-*bis* del Codice del consumo, si differenzia quindi nettamente rispetto alle *class action* statunitensi, caratterizzate dalla facoltà

¹¹³ Cass., 20 aprile 2007, n. 9514, *cit*; Id., 11 luglio 2007, n. 15585, *cit*; Id., 18 agosto 2005, n. 16992, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 632; Id., 15 febbraio 2005, n. 3032, in *Foro it.*, 2006, I, 1898.

¹¹⁴ In argomento v. CONSOLO, *Come cambia, cit.*, 1304 secondo il quale l'enfasi attribuita alla liquidazione equitativa si giustificherebbe con l'obiettivo di condannare l'impresa all'insieme dei ristori dovuti, anche al costo di trattare ogni singolo diritto in via equitativa o "spannometrica".

¹¹⁵ Circa la necessità di ricorrere alla prova statistica sia per la quantificazione del danno, sia per la sussistenza del nesso di causalità nell'esperienza statunitense, cfr. GIUSSANI, *La prova statistica nelle class "class actions">>*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 1029 ss.

¹¹⁶ In argomento cfr, anche per riferimenti, VISINTINI, *La valutazione equitativa del danno, cit.*, 453.

di recesso dalla classe (*opt-out*)¹¹⁷, ma allo steso tempo anche dai modelli di autoinclusione adottati in Inghilterra¹¹⁸ ed in Germania¹¹⁹. Mentre in questi ordinamenti la decisione sulle questioni comuni richiede necessariamente

¹¹⁷ Come noto, nell'ordinamento statunitense momento centrale della *class action* è la *certification* da parte del giudice. Attraverso questo provvedimento si consente che il singolo danneggiato assuma le vesti di una entità spersonalizzata ed organicamente immedesimata nella classe, tanto che si può ritenere che l'attore sia la classe stessa da questi rappresentata in forza della nomina giudiziaria [cfr. CONSOLO, *Class actions fuori dagli Usa? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, Riv. dir. civ., 1993, I, 642 e ss]. Per consentire un corretto funzionamento di tale fenomeno rappresentativo (o di quasi immedesimazione), e, in particolare per permettere che gli effetti (favorevoli o sfavorevoli) della sentenza possano estendersi a tutti i potenziali danneggiati senza lesione dei loro diritti, la Rule 23 (c) (2) prevede una facoltà di autoesclusione, garantita da una comunicazione che, sebbene informale, deve consentire nel migliore modo possibile ad ogni danneggiato, date le circostanze concrete del caso, di venire a conoscenza dell'avvio della *class action*. Tale comunicazione, da inviare a tutti i componenti della classe individuabili tramite ogni ragionevole sforzo, deve indicare il termine entro il quale è possibile esercitare l'*opt-out*, chiarendo che in caso di mancato esercizio di tale diritto il componente della classe sarà vincolato dalla sentenza (in argomento cfr. GIUSSANI, *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996, 68; MARENCO, *Garanzie processuali*, cit., 68 e ss).

¹¹⁸ Nelle azioni di gruppo inglesi (sulle quali cfr. CONSOLO – RIZZARDO, *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova*, cit., 907 e s.) i danneggiati devono avere preventivamente avviato un giudizio individuale ed assumono pertanto le vesti di vere e proprie parti del giudizio. L'oggetto dell'azione di gruppo riguarda solo le questioni comuni alla classe, mentre gli aspetti particolari e specifici ad ogni singola controversia sono lasciati a separati giudizi individuali di completamento. La Corte, su richiesta di una delle parti o anche d'ufficio, emana un *Group Litigation Order* con il quale individua le questioni comuni alle diverse controversie individuali, indica la *management court* che si assume il compito di gestire le controversie e di decidere le questioni comuni e dispone le forme pubblicitarie necessarie per rendere nota l'esistenza dell'azione di gruppo. La decisione collettiva dispiega i propri effetti solo nei confronti dei soggetti iscritti in un apposito registro (*group register*).

¹¹⁹ Il processo modello tedesco, introdotto per far fronte all'imponente contenzioso di massa sorto nel caso Deutsche Telekom, si articola in tre fasi: la prima, che si svolge davanti ai giudici investiti delle controversie individuali, è diretta alla decisione di ammissibilità del giudizio. Affinché possa instaurarsi il processo modello è necessario che vengano iscritte in un apposito registro almeno dieci istanze per ottenere la decisione modello su di una stessa questione di diritto o di fatto. Raggiunto il numero minimo di istanze necessario, il giudice che per primo ha ottenuto la pubblicazione nel registro rimette la questione alla Corte d'Appello presso la quale si svolge la seconda fase diretta alla decisione della questione comune rimessa dal giudice *a quo*. L'avvio del giudizio avanti la Corte d'Appello comporta la sospensione di tutti i processi individuali nei quali deve essere affrontata la questione comune e la contestuale chiamata in causa nel processo modello di tutte le parti. La Corte nomina d'ufficio un attore modello senza che ciò pregiudichi il compimento degli atti di difesa di tutte le altre parti coinvolte. La decisione modello vincola tutte le parti chiamate ad intervenire nel processo davanti alla Corte d'Appello tanto in caso di accoglimento quanto in caso di rigetto. Con il passaggio in giudicato della decisione modello prende avvio la terza fase nella quale si riaprono nuovamente avanti ai giudici delle controversie individuali i processi sospesi nei quali dovrà essere applicata la decisione modello. In argomento cfr. CAPONI, *Strumenti di tutela collettiva nel processo civile: l'esempio tedesco*, cit., 66 e ss.; CONSOLO – RIZZARDO, *Due modi di mettere le azioni collettive alla prova*, cit., 891 e ss.

l'avvio di un giudizio individuale che presenti questioni di fatto o di diritto comuni al gruppo, l'azione di classe italiana segue un modello di autoinclusione non giudiziario più simile alla legge svedese¹²⁰ che non presuppone che ogni singolo danneggiato instauri una controversia individuale.

La scelta del legislatore italiano sembra rispondere a due principali obiettivi: da un lato, si sono voluti evitare o ridurre fortemente i costi processuali che, come noto, rappresentano il principale ostacolo all'esercizio dei diritti qualora si fronteggino un litigante occasionale ed uno abituale; dall'altro, si sono accolte le pressioni del mondo imprenditoriale dirette a limitare gli effetti della sentenza collettiva ad una platea dei potenziali danneggiati ben individuati che non potrà mai realisticamente includere tutti i potenziali membri della classe.

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

¹²⁰ Il modello svedese, introdotto dal Group Proceedings Act (reperibile nella traduzione inglese in www.sweden.gov.se; per ulteriori riferimenti cfr. GIORGETTI – VALLEFUOCO, *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo. Profili di comparazione in tema di Azioni di Classe ed Azioni di Gruppo*, Milano, 2008, 235 ss), si differenzia rispetto a quello inglese e tedesco in quanto l'azione viene proposta da un attore rappresentativo che agisce come vero e proprio rappresentante di un gruppo in cui sono ricompresi soggetti che non assumono le vesti di parti processuali. Legittimati a proporre l'azione sono tanto i singoli individui quanto le associazioni che tutelino gli interessi dei consumatori o autorità pubbliche individuate dal Governo. Se la Corte competente ammette l'azione dispone la notifica ai membri del gruppo di un avviso contenente: (i) una descrizione dell'azione, (ii) l'avvertimento che i membri del gruppo possono prendere parte al giudizio collettivo entro un termine prestabilito, (iii) l'esposizione degli effetti giuridici conseguenti alla partecipazione al giudizio e (iv) le regole relative alle spese processuali. Per poter entrare a far parte del gruppo, e conseguentemente per poter invocare gli effetti della decisione collettiva, ogni singolo partecipante deve comunicare per iscritto alla Corte la propria adesione. Coloro che non comunicano l'adesione entro il termine previsto sono esclusi dal gruppo e non saranno pertanto sottoposti agli effetti della decisione collettiva. La sentenza che definisce il giudizio collettivo deve individuare i membri del gruppo ai quali si riferisce e dispiega i propri effetti nei confronti di coloro che abbiano aderito all'azione.

dell'atto di adesione>>. Il nono comma prevede inoltre che con l'ordinanza che dichiara ammissibile l'azione il tribunale <<fissa un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria>>.

9.1 Natura, forma e contenuto dell'atto di adesione

Dalla formulazione del terzo comma dell'art. 140bis, che precisa che gli aderenti si avvalgono della tutela dell'azione di classe, pare doversi escludere che questi assumano le vesti di parti formali del processo. L'aderente non è quindi legittimato al compimento di alcuna attività processuale¹²¹; non può richiedere l'assunzione di mezzi istruttori e non ha alcun rapporto con il difensore nominato dall'attore che rimane l'unico soggetto responsabile per il pagamento dei compensi per l'attività professionale svolta¹²². Sembra invece preferibile ritenere che, quantomeno nei rapporti con l'autorità giudiziaria e con il convenuto, l'adesione possa essere qualificata come un atto unilaterale *sui generis*¹²³ (ma per certi aspetti tipizzato dall'art. 140-bis, 3° comma) diretto a manifestare la volontà del singolo consumatore di inclusione nel gruppo¹²⁴ per poter godere delle "agevolazioni" previste dall'art. 140-bis¹²⁵ (l'interruzione della prescrizione;

¹²¹ Cfr. già con riferimento all'azione collettiva risarcitoria MENCHINI, *L'azione collettiva risarcitoria italiana*, cit., § 4.

¹²² In tal senso, sempre con riferimento al vecchio art. 140bis, cfr. CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria*, cit., 2.

¹²³ Quale atto unilaterale, con evidente contenuto patrimoniale (in quanto diretto alla corresponsione o alla restituzione di somme), l'adesione, in forza dell'art. 1324 c.c., è pertanto soggetta alle regole generali dettate dal codice civile per i contratti, ed in particolare a quelle relative all'efficacia ed alla validità e non a quelle contenute nel codice di rito agli artt. 156 e ss. relative alla nullità degli atti processuali.

¹²⁴ In tal senso, con riferimento all'abrogata azione collettiva risarcitoria cfr. CONSOLO, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria*, cit., 2 il quale però in *L'opt-in e gli interventi: ossia della variabilità dell'oggetto del giudizio e della unitarietà del rapporto processuale*, in *Obiettivo class action*, cit., 186 riconduce l'adesione alle figure tassative di cui all'art. 81 c.p.c.; in senso contrario riteneva che l'adesione fosse un mandato scritto, fonte del potere di rappresentanza MENCHINI, *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria*, cit., § 4. Su posizioni simili, anche se con alcune sfumature, si era espresso anche CAPONI, *Litisconsorzio aggregato*, cit., 828 secondo il quale l'adesione era un atto complesso che racchiudeva due componenti: un mandato all'associazione ed una manifestazione di volontà per l'esercizio dell'azione.

¹²⁵ In tal senso si può richiamare il terzo comma dell'art. 140-bis, 2° comma: "i consumatori che intendono avvalersi [corsivo aggiunto] della tutela di cui al presente articolo...".

la liquidazione del danno e la formazione di un titolo esecutivo in assenza di un giudizio individuale).

L'adesione deve presentare i soli requisiti individuati, all'art. 140-*bis*, ed in particolare l'elezione di domicilio nel distretto del tribunale competente e <<l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria>>.

Se si tiene in considerazione la natura collettiva o superindividuale dell'azione collettiva, che non può perdersi in una molteplicità di questioni individuali, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere deve necessariamente comportare un onere probatorio e di allegazione minimo, diretto a dimostrare l'appartenenza del consumatore alla classe dei danneggiati, ovvero la circostanza che questi sia stato danneggiato dal medesimo illecito fatto valere in giudizio dall'attore. Mentre infatti la prova dell'illecito e della sua astratta idoneità a danneggiare i membri della classe dovrà essere fornita dall'attore, quella del nesso di causalità e dell'ammontare del danno, qualora non siano di palmare evidenza, o non possano essere provati in via presuntiva mediante il ricorso a criteri di probabilità logica o statistica, in modo da consentire la liquidazione del danno o delle somme da restituire già nell'azione di classe, potranno essere demandati ai successivi giudizi individuali di completamento sulla base dei criteri omogenei stabiliti dal tribunale.

L'adesione è efficace se risulti da un atto scritto depositato in cancelleria. Sono così superati i dubbi interpretativi che potevano sorgere in forza del vecchio testo che si limitava ad imporre un vago onere di comunicazione dell'atto di adesione all'associazione proponente l'azione collettiva. Il deposito in cancelleria può essere effettuato da ogni singolo aderente, dall'attore o dall'associazione mandataria senza particolari formalità, come si può desumere dal fatto che non è previsto alcun obbligo di assistenza tecnica¹²⁶.

Rispetto alla precedente formulazione della norma, la principale novità relativa all'adesione riguarda il termine per il deposito delle adesioni che non è più individuato nell'udienza di precisazione delle conclusioni nel giudizio d'appello, ma in quello stabilito dal Tribunale, non superiore a 120 giorni dall'adempimento degli oneri pubblicitari.

¹²⁶ In argomento v. però CONSOLO, *Come cambia, cit.*, 1301 secondo il quale al proponente deve essere riconosciuta l'esclusiva nel deposito delle adesioni e la facoltà di respingere quelle con le quali siano fatti valere diritti non omogenei.

9.2. Gli effetti della sentenza che definisce il giudizio e la consumazione dell'azione di classe

L'adesione all'azione di classe ha tre importanti effetti: determina l'interruzione della prescrizione ai sensi degli artt. 2943 e 2945 dalla data della notifica della domanda, qualora l'adesione avvenga contestualmente alla notifica dell'atto di citazione, o dal suo deposito in cancelleria se successivo; comporta la rinuncia ad ogni azione risarcitoria o restitutoria fondata sul medesimo titolo, ad eccezione del caso in cui l'azione di classe si estingua o si chiuda anticipatamente anche attraverso un accordo transattivo non accettato dall'aderente; consente infine l'estensione del giudicato e la formazione di un titolo esecutivo ai consumatori che, pur non rivestendo la qualifica di parte in senso tecnico del processo, abbiano deciso di avvalersi dell'azione di classe aderendovi.

La disciplina del giudicato prevista dal nuovo art. 140**bis** è la diretta conseguenza della scelta del regime dell'*opt-in*. La sentenza che definisce nel merito l'azione di classe dispiega i propri effetti solo ed esclusivamente nei confronti degli aderenti, a prescindere dal fatto che essa accolga (anche parzialmente) o respinga la domanda. Coloro che non hanno aderito all'azione di classe non possono beneficiare della sentenza di condanna e rimangono in ogni caso liberi di agire individualmente per i medesimi fatti contro il convenuto.

Mentre il vecchio art. 140-*bis* non conteneva alcuna previsione diretta a disciplinare né il concorso di azioni collettive, né la riproponibilità di altra identica azione collettiva successivamente al superamento del filtro di ammissibilità o dopo il passaggio in giudicato della prima sentenza collettiva, suscitando quindi numerosi ed importanti dubbi interpretativi, il 14° co. della norma oggi vigente risolve apertamente la questione, sancendo il principio di "consumazione" dell'azione di classe. Scaduto il termine per l'adesione stabilito dal Tribunale è improponibile ogni nuova azione collettiva nei confronti del medesimo soggetto già convenuto ai sensi dell'art. 140**bis** per i medesimi fatti dedotti nella prima azione di classe. Fino alla scadenza di tale termine sono invece proponibili nuove azione collettive che devono essere riunite d'ufficio se pendenti avanti lo stesso tribunale o riassunte davanti al primo giudice, previa cancellazione della causa da ruolo, se proposte presso altri fori.

Non essendo possibile affrontare in questa sede i molti problemi di ordine processuale proposti dalla norma, ci si può limitare a segnalare due questioni di particolare importanza. Innanzitutto non è chiaro se le azioni di

classe successive alla prima debbano essere tutte soggette al giudizio di ammissibilità previsto al 6° comma. Qualora queste vengano proposte prima della conclusione del giudizio di ammissibilità, pare scontato che il Tribunale, disposta la riunione dei giudizi o a seguito della riassunzione della causa, conduca un unico giudizio di ammissibilità relativo a tutte le domande proposte ai sensi dell'art. 140bis. Qualora invece la nuova azione sia proposta nel periodo compreso tra la pubblicazione della decisione sull'ammissibilità ed il termine per il deposito delle adesioni previsto dal tribunale ai sensi del 9° comma, si potrebbe rilevare l'inutilità di un nuovo giudizio di ammissibilità non solo per ragioni di economia processuale, ma soprattutto perché, vertendo la nuova azione sui medesimi fatti già valutati in sede di ammissibilità dal tribunale, risulterebbe un'inutile ripetizione vagliare nuovamente la non manifesta infondatezza della domanda, l'identità dei diritti fatti valere. Un nuovo giudizio di ammissibilità si potrebbe forse giustificare solo per verificare l'esistenza di conflitti di interessi e l'adeguatezza del nuovo attore nella cura degli interessi della classe. Si può però osservare che, dopo il superamento del primo giudizio di ammissibilità, tali valutazioni perdono gran parte del loro significato in quanto il Tribunale ha già avuto modo di selezionare un attore collettivo adeguatamente rappresentativo ed in grado di curare gli interessi della classe per tutto il processo.

Una seconda questione riguarda infine i poteri processuali degli attori che abbiano proposto una pluralità di azioni successivamente riunite. Anche sotto questo profilo l'art. 140bis si discosta dal modello statunitense che prevede che per ogni azione di classe debba essere di regola nominato un *lead plaintiff* e un *lead counsel*, con una gara concorrenziale per l'attribuzione della legittimazione a proseguire la *class action*. Il legislatore italiano, non avendo previsto alcun sistema di valutazione del migliore attore collettivo, ma solo dell'attore collettivo adeguato a rappresentare la classe, ammette quindi una pluralità sincronica di azioni, seppur riunite e gestite in un unico giudizio, con la conseguente attribuzione ad ogni attore dei medesimi poteri processuali, che spetterà al Tribunale dirimere e regolare <<per evitare indebite complicazioni e ripetizioni nella predisposizione di prove e di argomenti>> come previsto all'11° comma.

10 Conclusioni: il modello dell'opt-in è idoneo a perseguire gli obiettivi di deterrenza e riparazione?

Come si è in precedenza rilevato, l'assenza di adeguati incentivi per la proposizione dell'azione, la mancata previsione di un controllo giudiziale sulle transazioni, i ristretti limiti di applicazione (soggettivi, oggettivi e temporali) ed i numerosi problemi interpretativi posti dalla nuova norma possono limitare un diffuso impiego dell'azione di classe.

Tuttavia, il maggiore ostacolo al raggiungimento degli obiettivi di riparazione e di deterrenza, può essere individuato nel sistema di autoinclusione previsto dall'art. 140*bis* e nella conseguente limitazione del giudicato ai soli aderenti.

Il reperimento delle risorse necessarie per affrontare le spese processuali ed i costi per l'istruzione della causa e per l'aggregazione e l'organizzazione dei consumatori danneggiati è infatti particolarmente difficile per quelle azioni dirette a tutelare classi molto numerose, disaggregate e composte da consumatori che hanno subito individualmente danni di lieve entità, anche se collettivamente ingenti, ovvero in quelle situazioni che rappresentano il terreno elettivo delle azioni di classe¹²⁷: proprio in questi casi i danneggiati possono non rendersi nemmeno conto di aver subito un danno; i consumatori più attenti dovranno mettersi alla ricerca delle azioni collettive proposte per potervi aderire con la conseguenza che il rapporto costi-benefici può rendere preferibile un comportamento passivo e determinare la rinuncia all'inclusione nel gruppo. Il pericolo di raccogliere un numero limitato di adesioni può quindi rappresentare il maggiore disincentivo alla promozione dell'azione in considerazione del fatto che, in presenza di un numero contenuto di adesioni, i costi transattivi connessi al sistema di *opt-in* possono scoraggiare la promozione di azioni economicamente non sostenibili o

¹²⁷ Secondo OLSON, *La logica dell'azione collettiva*, cit., 56 e ss. si tratta dei gruppi latenti contrapposti a quelli privilegiati. Sono privilegiati i gruppi in cui vi sia almeno un componente che dall'azione collettiva possa trarre benefici maggiori dei costi necessari per attivarsi individualmente. Sono invece latenti quei gruppi in cui nessun soggetto sia in grado di trarre dal proprio intervento benefici maggiori rispetto ai costi affrontati per procurare il bene collettivo. Tra le due categorie se ne inserisce una terza, i c.d. "intermediate groups" in cui nessun singolo componente ha incentivi sufficienti per realizzare il bene collettivo, ma un sottogruppo, attraverso forme di coordinamento e coalizione riesce a dividere i costi e ad avere gli incentivi sufficienti per attivarsi. La difficoltà di coordinamento è tuttavia più difficile in presenza di gruppi poco coesi relativamente ai quali l'aggregazione comporta costi transattivi eccessivamente elevati. In argomento v. anche GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie*, cit., 110 e ss. il quale definisce i gruppi latenti come "classi olistiche" contrapposte a quelle "discrete".

determinare la necessità di investire risorse economiche eccessive per sollecitare i danneggiati.

L'esperienza delle *class actions* negli Stati Uniti pone bene in evidenza come l'inerzia, o l'apatia razionale, sia il comportamento che connota di regola i gruppi latenti¹²⁸, tanto nell'esercizio dell'*opt-out*, quanto nei comportamenti attivi di regola richiesti in caso di conciliazione della lite. Un recente studio che ha preso in considerazione tutte le *class actions* concluse con una conciliazione nell'arco di un decennio, ha rilevato che il tasso dell'*opt-out* è stato in media inferiore allo 0,2% dei membri della classe¹²⁹. Anche nelle conciliazioni il comportamento dei danneggiati è molto simile. Basti pensare che meno del 30% degli investitori istituzionali (che di regola sono attori professionali ben informati e legittimati ad ottenere risarcimenti di elevato ammontare) propongono la richiesta di liquidazione¹³⁰. Tale comportamento passivo è ancor più evidente qualora i danneggiati siano consumatori con danni di lieve entità i quali aderiscono alle procedure di conciliazione in una minima percentuale o non ritirano nemmeno gli assegni emessi a loro favore¹³¹. Solo in presenza di gruppi coesi, omogenei (e quindi, per seguire la classificazione di Olson, privilegiati) quali i lavoratori, per i quali anche alcune leggi speciali americane prevedono il sistema di autoincolusione, l'*opt-in* riesce a raggiungere un tasso di adesioni pari al 50%¹³².

L'effettiva funzione di deterrenza e di riparazione dell'azione di classe è inoltre frustrata non solo dalla riduzione del termine per il deposito delle

¹²⁸ Cfr. MILLER, *Punti cardine in tema di "class action" negli Stati Uniti e in Italia*, in AGE, 1, 2008, 225. L'inerzia quale comportamento preferenziale del piccolo danneggiato è stata ben evidenziata dalla Suprema Corte americana nel caso *Phillips Petroleum v. Shutts* 472 U.S. 797 (1985): <<Requiring a plaintiff to affirmatively request inclusion would probably impede the prosecution of those class actions involving an aggregation of small individual claims, where a large number of claims are required to make it economical to bring suit. The plaintiff's claim may be so small, or the plaintiff so unfamiliar with the law, that he would not file suit individually, nor would he affirmatively request inclusion in the class if such a request were required by the Constitution>>.

¹²⁹ Cfr. EISENBERG - MILLER, *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, in (2004) *Vanderbilt Law Rev.*, 57, 1529.

¹³⁰ COX - THOMAS, *Leaving money on the table: Do Institutional Investors Fail to File Claims in Securities Class Action*, in (2002) *Washington Univ. Law. Quart.*, 80, 855.

¹³¹ Cfr. MILLER, *Punti cardine in tema di "class action"*, cit., 226 il quale riporta che in *New Mexico Indirect Purchasers Microsoft Antitrust Litigation* solo il 2,3% della classe ha richiesto i benefici della conciliazione. In *Nienaber v. Citibank* neanche un membro su oltre un milione ha proposto la domanda. In *re Compact Disc Minimum Advertised Price Antitrust Litigation* più di 310.000 assegni da 13, 86 dollari ciascuno, per un totale di circa quattro milioni di dollari, non sono stati incassati. In *Dahingo v. Royal Caribbean Cruises* 958 assegni da 800 dollari ciascuno non sono stati incassati.

¹³² Cfr. MILLER, *Punti cardine in tema di "class action"*, cit., 225 s.

adesioni, ma soprattutto dalla regola di consumazione dell'azione che pare rispondere esclusivamente alla preoccupazione di non esporre il convenuto ad una pluralità di giudizi collettivi, senza che sia ravvisabile la necessità di salvaguardare il suo diritto di difesa. Se è infatti pacifico che la sentenza collettiva non pregiudica le singole azioni individuali, non si vede per quale ragione, dopo una prima sentenza collettiva di accoglimento, sia consentito l'esercizio di una moltitudine di azioni individuali e non invece l'esercizio delle medesime in forma aggregata o collettiva.

Il divieto di nuove azioni, seppur temperato fino alla scadenza del termine per il deposito delle adesioni, risponde quindi al solo interesse del convenuto a soddisfare una (presumibilmente) piccola parte dei danneggiati (gli aderenti alla prima azione), sul presupposto che la disparità delle armi ed i costi del contenzioso individuale porteranno il consumatore medio a rimanere inerte. La proposizione di nuove azioni collettive, rappresentando una forma di tutela giudiziaria diretta al soddisfacimento dei crediti risarcitori o restitutori concorrenziale rispetto ai giudizi individuali, avrebbe invece consentito di coniugare contemporaneamente l'accesso alla giustizia dei consumatori ed una più efficiente allocazione delle risorse giudiziarie, con un chiaro risparmio per l'amministrazione della giustizia. Non si può nemmeno nascondere il rischio che la consumazione dell'azione di classe possa incentivare una *mala gestio* del processo da parte di "associazioni gialle" vicine all'impresa convenuta in giudizio o di attori frettolosi e poco attrezzati determinando l'insuccesso dell'azione e la conseguente definitiva impossibilità di ricorrere nuovamente alla tutela collettiva.

Sperando di poter essere smentito dalle prime applicazioni del nuovo istituto, mi pare si debba realisticamente concludere che, da un lato, il sistema di *opt-in* rende difficile il raggiungimento dell'obiettivo della deterrenza in quanto il risarcimento parziale, ma più realisticamente minimo del danno complessivo arrecato ai consumatori, è inidoneo a scoraggiare i comportamenti opportunistici delle imprese scorrette che decidono di porre in essere i comportamenti illeciti qualora il costo dell'illecito sia inferiore ai suoi benefici, dall'altro il principio di consumazione dell'azione limita fortemente l'accesso alla giustizia dei consumatori, e di conseguenza l'obiettivo della riparazione, in quanto solo i primi ed attenti danneggiati avranno la fortuna di salire sull'autobus dell'azione di classe, mentre gli altri dovranno proseguire da soli ed a piedi.