

Le lacune della nuova azione di classe e i problemi di coordinamento con gli altri strumenti di tutela collettiva

Autore: Santangeli Fabio

In: Diritto civile e commerciale

Sommario: 1. De iure condendo. Sull'indispensabilità di un meditato intervento del legislatore di chiarimento e modifica degli artt. 140 e 140 -bis cod. cons. per garantire una applicazione efficace - 2. De iure condito. La necessità di un maggiore coordinamento tra gli artt. 140 e 140 -bis cod. cons. - 2.1 Segue. Le interferenze sull'oggetto dell'accertamento - 2.2. Segue. L'utilizzo della pronuncia ex art. 140 sul 140 -bis cod. cons. e la contestuale pendenza. Profili di continuità e discrepanze - 2.3. Segue. Gli spazi di tutela comune: la tutela ripristinatoria e l'art. 140 cod. cons. - 2.4. Segue. Gli spazi di tutela comune: la tutela ripristinatoria e l'art. 140 -bis cod. cons. - 2.5. Segue. In conclusione: in merito ai rapporti tra gli artt. 140 e 140 -bis cod. cons. - 3. Le lacune dell'art. 140 -bis cod. cons. - 3.1. La incerta individuazione dei soggetti e dell'oggetto della tutela - 3.2. Segue. Il controllo del Giudice - 3.3. L'omessa disciplina di intere fasi processuali - 4. Considerazioni conclusive

1. — De iure condendo. Sull'indispensabilità di un meditato intervento del legislatore di chiarimento e modifica degli artt. 140 e 140-bis cod. cons. per garantire una applicazione efficace.

Il compito assegnatomi dagli organizzatori del convegno è particolarmente piacevole; si tratta di «fare le pulci» al legislatore, esercizio cui i giuristi assolvono con particolare soddisfazione; in effetti «sparare sul pianista» è divertente.

Se all'indomani della introduzione della nuova disciplina della class action si salutò con favore la nuova norma, privilegiando nella valutazione il positivo elemento di novità che colmava una intollerabile assenza nel nostro ordinamento¹, questo non esime oggi dall'evidenziarne, ampie lacune, ciò che stupisce, perché l'azione di classe all'italiana si inserisce in secoli di discussione ed evoluzione che l'istituto ha vissuto in altri ordinamenti, e di cui il legislatore italiano tiene conto solo in parte.

La tutela degli interessi collettivi o ultraindividuali dei consumatori², all'interno del processo italiano, ha avuto un'evoluzione nel corso degli ultimi anni segnata da una evidente accelerazione.

Il processo civile è passato dall'assenza di procedimenti vocati alla tutela collettiva e dal solo utilizzo del rimedio fornito dall'art. 103 c.p.c. per i processi con pluralità di parti, ad una prima ampia estensione delle modalità di tutela nei confronti degli interessi collettivi, attraverso i rimedi forniti dagli artt. 37 e 140 cod. cons.³, pur se con strumenti dedicati unicamente alla figura del consumatore.

Alcune esigenze di tutela collettiva hanno, quindi, ricevuto - con tali strumenti processuali e per il tramite delle associazioni dei consumatori⁴ - una forma di tutela, in via ordinaria ovvero cautelare, con un provvedimento finale caratterizzato sia dal profilo dell'accertamento della situazione di fatto lesiva degli interessi collettivi, sia della misura inibitoria.

Restava, tuttavia, ancora esclusa una ulteriore disciplina processuale tesa a favorire una tutela unitaria, e dunque collettiva, anche della eventuale fase risarcitoria relativa alla lesioni dei diritti dei consumatori.

All'interno di tale quadro giuridico acquisisce una valenza del tutto nuova l'art. 140 -bis del codice del cons., in specie nell'ultima versione adottata dal legislatore, che prevede (infine) anche una tutela collettiva risarcitoria, così completando lo spettro delle tutele offerte al consumatore⁵.

Sono evidenti però, a giudizio di chi scrive, già in prima battuta, due fondamentali pecche della nuova disposizione che, se non tempestivamente corrette, rischiano di vanificare il positivo impatto sulla posizione processuale del c.d. contraente debole della «class action all'italiana».

La prima: la disposizione di cui all'art. 140 -bis cod. cons. sembrerebbe voler disciplinare la materia dettando, quasi esclusivamente, norme di principio, senza quella - pur pedante - regolamentazione analitica che ci si attenderebbe per un processo, del tutto nuovo nel panorama processuale italiano, e altresì sconosciuto nella nostra tradizione giuridica⁶.

Non si vuol criticare la scelta di lasciare ampia discrezionalità nella gestione del processo all'organo giudiziale, né tanto meno di aprirsi alle costruzioni della disciplina anche sulla base di prassi che saranno, certo favorite dal limitato numero dei Tribunali competenti⁷; ma il nuovo articolo prevede una disciplina con evidenti lacune addirittura su temi fondamentali, che non vanno lasciati alla ricostruzione legata alla prassi giurisprudenziale, proprio perché pretendono una scelta normativa di fondo.

La seconda: sembra quasi che la nuova disciplina dell'art. 140 -bis sia inserita in una sorta di terreno vergine, poiché la disposizione non tenta neanche di rapportarsi anche alle già rodiate norme tese a disciplinare le fattispecie inibitorie e ripristinatorie di cui agli artt. 37 e 140 cod. cons..

Appartiene all'interprete, allora, il compito di segnalare con decisione la lacuna normativa, affinché il legislatore, con la medesima rapidità rispetto a quella che ha visto la modifica - in meno di un anno - della precedente versione dell'istituto, voglia in tempi ragionevoli tornare ad integrare il nuovo strumento processuale. La norma, infatti, necessita di ulteriori elementi positivi per non lasciare nell'assoluta incertezza l'attività esegetica.

Ciò è ancor più vero nel caso di specie, perché l'applicazione dei comuni principi processual-civilistici all'azione di classe - che ha una struttura peculiare e diversa rispetto alle comuni norme processuali, e

che proprio per questo ha preteso una disciplina ad hoc - non può che pretendere particolari cautele nel tentativo di adottare soluzioni coerenti con i principi ricavati per processi strutturalmente diversi per oggetto, finalità e modalità.

Si tratta, allora di restituire alla pratica un quadro normativo che tenga conto e dia coerenza ai diversi processi di tutela degli stessi diritti, in modo da consentire un approccio meno incerto a chiunque si rapporti con la tutela collettiva dei consumatori.

2. — De iure condito. La necessità di un maggiore coordinamento tra gli artt. 140 e 140-bis cod. cons.

Nell'esame dei rapporti tra gli artt. 140 e 140 -bis del cod. cons. una prima osservazione banale è che lo strumento previsto dall'art. 140 è costruito in modo tale da essere potenzialmente in grado, con la concessione di una tempestiva ed effettiva tutela cautelare, di evitare il danno derivante dall'illecito seriale e dunque di rendere inutile il successivo ricorso all'azione risarcitoria ex art. 140 -bis.

Occorre, però, riflettere sul rapporto tra i due modelli di tutela collettiva per comprendere se ed in che modo le eventuali relazioni, possano incidere sulla tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

2.1 — Segue. Le interferenze sull'oggetto dell'accertamento

L'azione collettiva inibitoria-ripristinativa e l'azione di classe si caratterizzano per essere due strumenti processuali, che possono presentare una diversa estensione delle situazioni di fatto accertabili. Lo strumento di cui all'art. 140 cod. cons. presenta un ambito di accertamento che abbraccia tutti i casi di cui all'art. 2 cod. cons.⁹ e che è, quindi, più vasto di quello oggetto dell'azione di classe, normativamente limitato solo alle tre ipotesi dei: a) diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; b) diritti spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) diritti al ristoro del pregiudizio derivante da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

L'analisi dell'oggetto dei due strumenti processuali è utile per valutare se vi siano spazi di tutela comuni o sovrapponibili.

In dottrina è discussa la ricostruzione dell'oggetto della pronuncia resa all'esito del giudizio ex art. 140 cod. cons.. Ad un primo indirizzo, che vede nel contenuto della sentenza un mero accertamento di un fatto⁹, l'illiceità della condotta del professionista, si contrappone l'interpretazione volta a riconoscere nell'oggetto della sentenza un accertamento sul diritto soggettivo, seppure collettivo, come quelli delineati e riconosciuti come fondamentali all'interno dell'art. 2 cod. cons.¹⁰.

Pur non essendo questa la sede per una approfondita disamina della questione, occorre rilevare che sia l'azione inibitoria-ripristinativa di cui all'art. 140 cod. cons., sia l'azione di classe ex art. 140 -bis, non sembrano sottrarsi alla generale regola processuale secondo cui, salvo alcuni casi eccezionalmente

previsti dal legislatore¹¹, all'interno di un processo si fa sempre valere un diritto. È evidente che l'attività interpretativa dell'organo giudiziale preveda anche l'accertamento di un fatto, ma lo stesso è finalizzato e podromico all'accertamento di una lesione ad una situazione giuridica rilevante¹².

In conseguenza, sia l'azione collettiva inibitoria-ripristinativa ex art. 140 cod. cons., sia l'azione di classe ex art. 140 -bis azioni hanno ad oggetto entrambi - seppur con ambiti di estensione diversi - l'accertamento di una situazione di fatto, o meglio, l'accertamento di una violazione di una regola di condotta da parte dell'impresa, presentando, dunque, una natura parzialmente coincidente. In alcuni casi, quindi, nei due strumenti processuali l'accertamento potrebbe essere lo stesso e vertere sulla medesima questione. È evidente, però, che le analogie si esauriscono poiché l'azione di classe impone necessariamente l'utilizzo dell'accertamento della condotta dell'imprenditore in funzione del riconoscimento del diritto al risarcimento del danno¹³, e ciò in ragione del diverso risultato finale cui tendono le due misure¹⁴.

2.2. — Segue. L'utilizzo della pronuncia ex art. 140 sul 140-bis cod. cons. e la contestuale pendenza. Profili di continuità e discrepanze.

Rilevata la possibilità che i fatti accertati negli artt. 140 e 140 -bis del cod. cons. siano i medesimi, si pone l'ulteriore problema di valutare se la pronuncia resa in uno dei due procedimenti possa, ed in che misura, essere utilizzata nell'altro.

È ben possibile, infatti, che le due forme di tutela siano contemporaneamente pendenti, ovvero che l'una segua l'altra.

Nulla assumono in tal senso le disposizioni, lasciando all'interprete la ricostruzione del possibile raccordo tra le due forme di tutela, il che appare ancora più singolare data la vicinanza «geografica» dei due articoli.

Quanto alle ipotesi di successione dei procedimenti, in dottrina si è talora affermato¹⁵ che la sentenza¹⁶ collettiva del procedimento inibitorio-ripristinatore, ex art. 140 cod. cons., produce effetti di accertamento anche nei successivi giudizi individuali «di completamento»¹⁷.

Quando, allora, i fatti accertati nell'azione collettiva inibitoria-ripristinatoria fossero i medesimi dell'azione ex art. 140 -bis, può ben ipotizzarsi anche il pieno utilizzo¹⁸ dell'accertamento contenuto nella pronuncia di cui all'art. 140 all'interno di un'azione di classe avviata successivamente¹⁹. In tali ipotesi, il Tribunale utilizzerà l'accertamento contenuto nella sentenza collettiva sia per verificare se la domanda non sia manifestamente infondata²⁰, sia per svolgere il successivo accertamento dell'imputabilità del danno alla condotta illecita, e dunque del diritto al risarcimento del danno²¹.

D'altra parte, la possibilità che il medesimo fatto accertato²² possa essere identico nei due strumenti di tutela collettiva, induce l'interprete a sottolineare l'assenza di coordinamento tra le due disposizioni, specie nell'ipotesi di contestuale pendenza di uno o più processi ex art. 140 cod. cons. e di un processo ex 140 -bis cod. cons..

La mancanza di alcuna disciplina di raccordo tra le due norme ed il carattere autonomo dei due istituti pone il rischio di risultati differenti, circostanza che sembrerebbe accentuata dalla differente competenza territoriale dell'art. 140 rispetto al 140 -bis²³. Si potrebbe paventare, in altre parole, un rischio di conflitto pratico tra giudicati.

E tali problemi di coordinamento tra meccanismi processuali collettivi, non si limitano solo all'azione inibitoria e ripristinatoria di cui all'art. 140 cod. cons., ma investono anche il rapporto tra l'art. 140 -bis e l'art. 37 cod. cons..

Si assiste, quindi, a forme di tutela potenzialmente alternative e non coordinate.

Da questo punto di vista, basti rilevare la differente disciplina che investe gli strumenti di tutela civilistica ed i rapporti con le Authorities. Mentre, infatti, l'art. 140 -bis - seppur lasciando la decisione ad una valutazione discrezionale dell'organo giudiziale - prevede la possibilità di sospendere il giudizio nell'ipotesi in cui sui fatti rilevanti ai fini del decidere sia in corso un'istruttoria davanti a un'Autorità indipendente, ovvero un giudizio davanti al Giudice amministrativo²⁴, l'art. 140 non prevede neppure la possibilità della sospensione in caso di contestuale pendenza di un procedimento davanti a un'Autorità volto ad accertare le medesime condotte, procedimento che tra l'altro in materia di pratiche commerciali scorrette può concludersi con un provvedimento inibitorio o di rimozione degli effetti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato²⁵. Tale discrasia sul punto appare, senza dubbio, ingiustificata, specie considerando che sono coinvolte spesso situazioni di fatto identiche.

Ed ancora, mentre l'art. 140 cod. cons. - in linea con la legislazione dell'Unione europea, promotrice della conciliazione nell'ambito delle controversie in materia di consumo²⁶ - prevede ante causam il ricorso facoltativo alla procedura conciliativa davanti alle Camere di Commercio, ricorso che è obbligatorio per le controversie relative al settore delle telecomunicazioni e che si svolge davanti all'Autorità per le garanzie

nelle comunicazioni²⁷, nulla è invece previsto al riguardo dall'art. 140-bis²⁸. Si aggravano così le discrepanze di disciplina tra i due meccanismi di tutela collettiva, anche alla luce del fatto che nell'art. 140 c'è un momento, e segnatamente in materia di telecomunicazioni, ove la tutela civile si pone con carattere subordinato rispetto alla tutela dell'Autorità, indicativo di una scelta del legislatore, che altrove non emerge.

Il sistema di controlli degli interessi pubblici disegnato dagli ordinamenti di civil law, ed in generale dagli ordinamenti europei, è stato costruito affidando la tutela ad un sistema pubblicistico²⁹, che negli ultimi decenni ha individuato un ruolo centrale delle Authorities, mercé il conferimento di poteri investigativi, di vigilanza, esecutivi etc. Al contrario, tradizionalmente i sistemi di common law hanno prediletto strumenti di private enforcement, che trovano il loro naturale sbocco nelle class actions.

L'introduzione all'interno di un sistema che si è costruito sulla prevalenza del ruolo pubblicistico di tutela anche di un ulteriore strumento processuale tipico di private enforcement, impone una scelta al legislatore della preferenza tra i due strumenti, costruendo attorno a tale scelta, ed in piena consapevolezza, una disciplina processuale che ne rifletta la valenza, anzitutto, politica.

Sembra evidente, allora, l'incoerenza dei rimedi processuali esaminati, non tanto e non solo nella soluzione processuale, quanto nell'ispirazione politica che ne connota il funzionamento e che, tuttavia, necessariamente richiede una soluzione legislativa e non giuridica e interpretativa.

Il legislatore, al contrario, è stato molto chiaro nella regolazione dei rapporti tra i giudizi instaurati ai sensi degli artt. 140 e 140-bis del cod.cons. e la «class action pubblica»³⁰ ove tale scelta di preferenze tra rimedi è esplicitata dando preferenza, in caso di contestuale pendenza con le azioni instaurate ai sensi del codice del consumo, a quest'ultime³¹, ed evidenziando la chiara scelta politica che ne è sottesa.

2.3. — Segue. Gli eventuali spazi di tutela comune: la tutela ripristinatoria e l'art. 140 cod. cons.

Puntualizzato come gli artt. 140 e 140-bis cod. cons., potenzialmente possono anche avere ad oggetto la cognizione sui medesimi illeciti, diventa essenziale comprendere se la tutela ottenibile sia sempre diversa; e, conseguentemente, se vi sia il rischio di sovrapposizione di rimedi, anche al fine di evitare duplicazione di tutele.

Il problema attiene principalmente alla tutela ripristinatoria, restando di esclusiva pertinenza dell'art. 140 cod. cons. la immediata tutela inibitoria e dell'art. 140 -bis, invece, la tutela risarcitoria. I profili potenzialmente raggiungibili con entrambi gli strumenti processuali attengono alla tutela ripristinatoria.

La tutela ripristinatoria costituisce un genus al cui interno trovano espressione forme eterogenee. In alcuni casi il ripristino richiede unicamente la pronuncia del giudice, in altri occorre che la misura giudiziale preveda un obbligo di fare.

L'espressione «misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi» utilizzata dal legislatore all'interno dell'art. 140 cod. cons., costituisce una formulazione generica al cui interno potrebbe forse trovare ingresso anche un provvedimento di restituzione di somme indebitamente versate, la sostituzione o riparazione del prodotto difettoso messo in commercio, ovvero anche l'obbligo posto a carico dell'impresa di accettare le domande dei soggetti lesi³².

Così si è, ad oggi, espressa la giurisprudenza che ha adottato una lettura davvero ampia delle tutele

ripristinatorie ottenibili con l'art. 140 cod. cons., tutele spinte sino a provvedimenti che in una certa misura hanno probabilmente supplito all'assenza di una disciplina collettiva risarcitoria³³. Talune pronunce³⁴, infatti, hanno, in vario modo, imposto al professionista/imprenditore di adempiere a veri e propri obblighi restitutori a favore dei consumatori danneggiati dall'illecito, facendo scorgere, in parte della dottrina, l'idea che di fatto si fosse applicata all'interno dell'ordinamento italiano un'azione di classe risarcitoria con sistema di partecipazione agli esiti della tutela addirittura mediante il meccanismo dell'opt-out³⁵.

In definitiva, in certi casi l'utilizzo della misura ripristinatoria ex art. 140 cod. cons., almeno per come intesa dalla giurisprudenza più «aggressiva» - che operi consentendo ai soggetti danneggiati di usufruire di una sorta di opt-out - in teoria potrebbe addirittura offrire una garanzia di efficienza (risarcitoria) maggiore di quella cui la classe potrebbe aspirare con uno strumento di tutela collettiva risarcitoria, ex art. 140 -bis, che preveda la necessaria adesione dei soggetti danneggiati (opt-in)³⁶, anche se non vanno taciute le difficoltà ad individuare efficaci forme processuali che consentano poi l'esecuzione del provvedimento reso ex art. 140 cod. cons..

2.4. — Segue. Gli spazi di tutela comune: la tutela ripristinatoria e l'art. 140 -bis cod. cons.

Quanto, invece, alla tutela ripristinatoria e all'art. 140 -bis cod. cons., va premesso che il nostro ordinamento, per principio generale, ha previsto due strumenti di reazione alla lesione di un diritto soggettivo³⁷, ponendo come primaria forma di tutela il ripristino della situazione di fatto allo stato qualitativo precedente e attribuendo alla tutela risarcitoria per equivalente, o in denaro, la natura di

tutela subordinata, volta ad integrare il patrimonio dei soggetti lesi per porlo nella situazione quantitativa precedente alla lesione. Risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente operano quindi su piani diversi³⁸.

Per comprendere quale sia la natura del risarcimento previsto dal legislatore nell'art. 140 -bis cod. cons., e quindi se la sentenza resa all'esito dell'azione di classe possa in se contenere un capo ripristinatorio, occorre allora partire dalle concrete espressioni utilizzate nella norma. Dall'esame congiunto dei comma 1° e 12° della norma emerge, con tutta evidenza, che i consumatori ed utenti danneggiati dall'illecito potranno ottenere la condanna al pagamento di una somma di denaro (ovvero la determinazione dei criteri per ottenere tale condanna), con ciò escludendosi forme di ripristino che comportino a carico dell'impresa convenuta obblighi di fare diversi dalla consegna di somme di denaro.

Ciò premesso, l'interprete sarà chiamato a compiere una scelta interpretativa: o si riterrà che il principio di atipicità dell'azione ed il principio di effettività della tutela garantiscano ad ogni forma di lesione dei diritti soggettivi - e sempre che ciò sia concretamente possibile - la possibilità di ottenere misure di ripristino anche all'interno della tutela fornita dall'azione di classe³⁹, ovvero ci si atterrà al tenore letterale della norma. Anche in tale ultimo caso, però, e proprio in relazione ai rapporti tra l'azione collettiva inibitoria-ripristinatoria e l'azione di classe, i due strumenti processuali - probabilmente anche se in modo non previsto dal legislatore - potrebbero contenere la medesima misura ripristinatoria consistente nella restituzione di somme di denaro. Tale rimedio, infatti, opera nella realtà di fatto ponendo la situazione nello status ante l'illecito.

Ferma quindi - a meno di non voler cogliere la prima opzione interpretativa - l'impossibilità che la sentenza ex art. 140 -bis possa contenere un capo volto, ad esempio, ad obbligare l'impresa alla sostituzione del prodotto difettoso⁴⁰, certamente la stessa pronuncia potrebbe sovrapporsi alla misura ottenibile con l'azione ex art. 140 cod. cons. nell'ipotesi di condanna alla restituzione delle somme⁴¹.

È evidente, dunque, che l'azione di classe possa sovrapporsi alla tutela riconosciuta dal legislatore con l'azione di cui all'art. 140 cod. cons. potendo questa contenere anche una - seppur limitata- forma di tutela ripristinatoria.

2.5. — Segue. In conclusione: in merito ai rapporti tra gli artt. 140 e 140- -bis cod. cons..

Dall'analisi dei due istituti processuali di tutela collettiva inseriti nel codice del consumo, è emerso come, seppur con i limiti di estensione della tutela richiamati, possono profilarsi ipotesi e fattispecie tutelabili sia con il 140 che il 140 -bis. In mancanza di alcun coordinamento tra le norme, l'interprete sarà chiamato a valutare le modalità e le possibilità di evitare il concreto rischio di una duplicazione pratica di condanna.

Tuttavia, anche ove si ritenessero non sovrapponibili le forme di tutela previste dagli art. 140 e 140 -bis cod. cons., ciò non di meno non potrebbe venire meno la necessità di un coordinamento tra le due norme, posto che, per alcuni fragmenti, la tutela delle due norme si estende alle medesime situazioni di fatto.

In conclusione, gli artt. 140 e 140 -bis - così come l'art. 37 - cod. cons., sono norme che richiedono un intervento del legislatore che sia di coordinamento, un intervento non meramente tecnico, ma di scelta politica, individuando in modo consapevole quale tra i due strumenti di tutela collettiva si voglia, in determinate ipotesi, preferire. Non, dunque, l'introduzione atomistica della norma e di un nuovo meccanismo di tutela collettiva, quanto la necessità di costruire un quadro di tutela che definisca anche e soprattutto lo spazio riconosciuto dall'ordinamento al rimedio processuale, rispetto agli altri già presenti, evitando il rischio che si passi dall'assenza di tutela ad una bulimia di rimedi processuali, e che si trasformi uno strumento di tutela tipicamente deflattivo in un rimedio inflattivo.

3. — Le lacune dell'art. 140- bis cod. cons.

Spostando la visuale all'interno dell'azione di classe, il nuovo testo dell'art. 140 -bis cod. cons. presenta una serie di lacune di disciplina davvero clamorose. L'interprete è costretto a ricostruire intere fasi processuali, la cui soluzione in via interpretativa rischia di essere in alcuni casi azzardata, in altre - a meno di non volersi sostituire al legislatore nelle determinazioni «politiche»- davvero ai confini della fattibilità, necessitando di un vero e proprio intervento normativo di completamento.

L'introduzione nell'ordinamento italiano di un istituto del tutto nuovo, sia per tradizione giuridica che per le soluzioni processuali adottate, così diverse dal tradizionale processo italiano, avrebbe dovuto imporre al legislatore un'attenzione maggiore ai temi ed agli aspetti complessivamente interessati dall'azione di classe, tentando di dettare una disciplina completa che abbracciasse le diverse fasi del procedimento.

L'individuazione, già a prima lettura, delle lacune normative è assai semplice, ed anche per questo deludono i risultati cui è giunto il legislatore. L'evoluzione degli strumenti di tutela collettiva risarcitoria negli altri ordinamenti, rivela aspetti fondamentali della disciplina dell'istituto - e più in generale della tutela collettiva risarcitoria - del tutto ignorati nell'art. 140 -bis cod. cons.. Attenzione alle problematiche vissute dall'azione di classe negli ordinamenti stranieri, avrebbe aiutato il legislatore a compiere una riflessione più matura delle soluzioni tecniche da offrire, manifestando uno sforzo di completezza che ora non pare più prorogabile.

3.1. — La incerta individuazione dei soggetti e dell'oggetto della tutela

Nell'individuare le situazioni tutelabili dall'azione di classe, l'art. 140 -bis cod. cons. utilizza espressioni quali «identità dei diritti» o «omogeneità», che si offrono a diversi significati, circostanza questa che si riflette ed incide sul concreto sviluppo della disciplina, facendo emergere problemi rilevanti. Non è questa la sede per tentare di fornire una chiave interpretativa delle espressioni utilizzate, e intendo limitarmi a porre in evidenza che ove i termini omogeneità e, soprattutto, identità fossero letti in modo restrittivo, certamente si assisterebbe ad un'applicazione assai limitata delle azioni di classe che, tuttavia, proprio per la peculiare struttura del 140 -bis permetterebbe di portare a termine più agevolmente i procedimenti avviati. Al contrario, nel caso in cui si dia una lettura più ampia dei diritti tutelabili, si faciliterebbe l'esistenza di fattispecie processuali in cui una pluralità di posizioni personali diversamente caratterizzate si interfacciano sulla medesima situazione di fatto, con un'enorme difficoltà di gestione del processo collettivo.

Emerge, quindi, la necessità che le espressioni utilizzate dal legislatore siano meglio precisate⁴², anche perché certamente la novità pretende e richiede una più chiara indicazione, al fine di evitare grossolane disomogeneità nell'applicazione della disciplina⁴³.

L'incertezza permane, ancora, quanto all'oggetto del processo, per comprendere come si possano tutelare i diritti individuati. L'indagine circa il possibile oggetto dell'azione di classe induce a chiedersi se, ad esempio, l'istituto possa essere utilizzato anche soltanto per ottenere l'accertamento della questione comune - e dunque come accertamento di un fatto - ovvero se l'azione di classe preveda necessariamente un accertamento che insieme comprenda fatto e risarcimento.

La questione richiede una riflessione che per i livelli di problematicità esula dalla tematica esaminata, che

vuole essere limitata ad una - per quanto possibile - sintetica riflessione sulle lacune normative dell'azione di classe.

Certamente, il legislatore potrebbe prevedere una tutela collettiva risarcitoria che in taluni casi si limiti a fungere da accertamento della violazione dell'obbligo da parte dell'imprenditore, strutturando il proprio oggetto in modo variabile⁴⁴, né tale soluzione parrebbe di per se incostituzionale. Tuttavia, come ho avuto già modo di rilevare⁴⁵, per quanto sia auspicabile - e sarebbe stata forse soluzione preferibile - che l'accertamento della situazione di fatto possa essere oggetto autonomo del giudizio, è mia opinione che la disposizione - anche considerando la volontà del legislatore, ed alla luce delle modifiche apportate al precedente testo dell'art. 140 -bis⁴⁶ - sembri prevedere un'azione unitaria diretta al risarcimento⁴⁷.

D'altra parte, anche ove si ritenesse che la nuova azione di classe sia unicamente rivolta ad una pronuncia di condanna al risarcimento, permanerebbe il problema di definire gli aspetti connessi alla tutela risarcitoria, all'interno di un'azione che coinvolge una moltitudine di soggetti lesi. La norma, infatti, non chiarisce se vi possa essere un solo risarcimento unitario, ovvero la possibilità di più classi di risarcimento⁴⁸.

Ulteriore dubbio interpretativo che la disposizione lascia aperto è quello relativo all'individuazione del soggetto a cui sia affidato il compito di scegliere la tipologia e le modalità di risarcimento.

Può escludersi il riconoscimento ai soggetti aderenti di alcun potere in tal senso⁴⁹. Il riconoscimento del potere di determinare il tipo di risarcimento da domandare unicamente in capo al proponente, potrebbe costituire una eccessiva compressione del diritto di difesa dei componenti della classe. La soluzione migliore parrebbe quella di attribuire al ruolo congiunto del proponente - con la domanda- e del Giudice, l'individuazione della soluzione adeguata anche in considerazione delle concrete caratteristiche della classe attrice. Ciò, però, porrebbe l'ulteriore ostacolo di individuare il momento in cui l'organo giudiziale

possa operare questa scelta. Nel caso in cui la tipologia e le modalità del risarcimento ottenibili si determinassero nella fase di ammissibilità dell'azione di classe, con elevata probabilità ciò agevolerebbe la tutela dei potenziali aderenti, che avrebbero maggiore consapevolezza delle conseguenze derivanti dall'adesione sia in termini di estensione della tutela⁵⁰, sia in termini di apporto probatorio richiesto al fine di vedere accolte le proprie richieste. Al contrario, se tale scelta fosse compiuta all'esito del giudizio, si correrebbe il rischio di rendere assai più farraginoso il procedimento istruttorio e quello decisorio.

Si tratta forse di problemi risolvibili dall'interprete, ma, oltre alla considerazione che rende difficile ipotizzare che i nove Tribunali possano orientarsi in maniera conforme in tempi rapidi, è altresì vero che alcune di queste soluzioni si caratterizzano per essere scelte politiche in senso ampio e sarebbe stato logico attendersi una presa di posizione chiara da parte del legislatore.

3.2. — Segue. Il controllo del Giudice

Un secondo aspetto problematico è costituito dal limitato controllo del giudice nel procedimento ex art. 140 -bis cod. cons.. Si tratta di una vera e propria lacuna della norma, forse non voluta, almeno in questa ampiezza, che si snoda per buona parte del procedimento.

1.

Ammissibilità: la valutazione dell'opportunità

La disciplina dell'azione di classe prevede il meccanismo dell'opt in, che costituisce una precisa scelta del legislatore, ma che richiede lo stesso una forte tutela del consumatore, anche perché la disciplina non prevede la possibilità di esercitare una ulteriore azione di classe dopo la scadenza del termine per le adesioni. Ciò comporta che il singolo aderente, se non vuole perdere le opportunità di accesso alla giustizia e di concreta tutela offerte dall'azione di classe, è in qualche modo costretto a partecipare. Inoltre per chi ha aderito, sorge la necessità che il Giudice garantisca un forte controllo, anche in ragione del fatto che l'aderente partecipa al procedimento senza l'assistenza di un avvocato⁵¹, e subisce tuttavia gli effetti preclusivi della pronuncia anche in caso di esito negativo.

Tale necessità di controllo emerge già nella fase di ammissibilità, nella quale si segnala l'assenza nei poteri del Giudice dello strumento dell'opportunity. Si tratta di un requisito previsto dalla class action americana, ove la valutazione del giudice può spingersi sino ad accertare la stessa opportunità di esercizio dell'azione in forma collettiva rispetto a quelle individuali.

Tuttavia, la lacuna può anche ritenersi una precisa scelta del legislatore che potrebbe non voler attribuire al Giudice un approfondimento del giudizio di ammissibilità che si estenda alla valutazione di opportunità di esercizio dell'azione di classe, in ciò distinguendone i poteri rispetto a scelte più ampie di altri ordinamenti.

1.

Le limitazioni temporali del controllo sul proponente

Costituisce, al contrario, un problema più generale e certamente criticabile la limitazione temporale dei poteri di controllo del Giudice che la norma sembra aver dettato, circoscrivendo tali poteri alla fase di ammissibilità. Alla luce della struttura dell'azione di classe, e dalla circostanza che l'aderente in qualche modo affida la propria tutela all'attore proponente, sembrerebbe necessaria l'attribuzione al giudice - comunque si ritenga il suo ruolo all'interno dell'azione di classe - di un potere di controllo anche successivo sull'attività dell'attore⁵². L'aderente, infatti, partecipa all'azione nella convinzione che il proprio diritto verrà tutelato all'interno di un processo e con le tipiche garanzie processuali, convinzione costruita nel nostro ordinamento anche dal fatto che la partecipazione segue a un provvedimento autorizzativo dell'azione emesso da un giudice.

Ciò che, dunque, colpevolmente manca nella disciplina dell'azione di classe è il riconoscimento di un potere giudiziale che si estenda anche alla possibilità di sostituzione dell'attore⁵³ o, comunque, che attribuisca al Giudice poteri di controllo a tutela e garanzia del diritto di difesa dei componenti della classe, anche successivi all'iniziativa proveniente dagli stessi aderenti⁵⁴; assenza che potrebbe dover essere valutata anche ai fini della costituzionalità della disciplina, lesa nei suoi aspetti nuovi di tutela per l'aderente.

1.

Il controllo sulle transazioni

Il terreno in cui, probabilmente, si avverte con più forza l'assenza di un incisivo controllo giudiziale è quello relativo alla transazione, ove il danno agli aderenti rischia di essere irreparabile, specialmente se le ragioni di danno omogeneo potessero differenziarsi.

Non può non rilevarsi che proprio lo strumento della class action è strutturalmente il miglior mezzo processuale che permetta di addivenire ad una transazione⁵⁵. Nell'esperienza degli altri ordinamenti, come in quello americano, la class action è, infatti, spesso strumento effettivo d'agevolazione di transazioni. Le statistiche rilevano come, ad esempio, solo nei periodi che vanno dal 1988 al 1996, l'87,6% delle class action nel settore finanziario si è concluso con una transazione⁵⁶. Si potrebbe, anzi, dire che la tutela collettiva risarcitoria è fisiologicamente diretta non alla chiusura del processo nel merito, quanto alla stipula di accordi transattivi. Ed allora, non vi è da stupirsi che proprio tale momento diventa centrale nella disciplina dell'intero istituto, con la necessità che esso trovi una completa regolamentazione in grado di giustificarne l'importanza.

Il legislatore italiano ha, al contrario, ritenuto di non prevedere, non solo una disciplina esaustiva sul punto, ma di non sottoporre addirittura gli eventuali accordi transattivi ad alcun controllo giudiziale.

Ciò potrebbe comportare seri danni ai componenti della classe esponendo la stessa transazione al rischio di abusi⁵⁷.

Basti pensare a quali problemi ponga l'assenza di compiuta disciplina delle transazioni. La disposizione normativa, infatti, non pare sia in grado di impedire al convenuto di presentare proposte transattive che si estendano solo a parte della classe e dei soggetti aderenti, o che privilegiano alcune classi rispetto ad

altre; in tali casi, alla luce della disposizione, il dubbio che emerge è se, nel caso in cui la transazione parziale intervenga successivamente al termine giudizialmente previsto per l'esercizio delle adesioni, i soggetti danneggiati perdano la possibilità di esercitare una successiva azione di classe⁵⁸.

È dunque davvero impressionante la lacuna della nuova azione di classe che rischia di pregiudicare i diritti dei soggetti aderenti e che si offre ad ampie possibilità di utilizzo distortivo.

3.3. — L'omessa disciplina di intere fasi processuali

Alle lacune della disposizione già indicate, vanno aggiunti interi e necessari «pezzi» di disciplina totalmente «dimenticati» dal legislatore, e che solo con grande difficoltà potranno essere colmati tramite il ricorso a disposizioni e principi generali del processo. In questo senso l'art. 140 -bis cod. cons. sembra qualificarsi quasi come norma di principio.

È del tutto assente una disciplina della fase cautelare.

Già con riferimento a quella che sembra la misura cautelare vocata all'utilizzo dell'azione di classe, il sequestro conservativo, si frappongono i primi ostacoli⁵⁹. Mentre, infatti, sembra verosimile che il Giudice con riferimento alla valutazione del periculum eserciterà una stima prognostica del potenziale danno in generale derivante dall'illecito, maggiori dubbi interpretativi si pongono rispetto alla quantificazione della misura⁶⁰.

Una ulteriore e grave lacuna normativa è rinvenibile in tema di esecuzione. In questa sede ci si limita a rilevare che in dottrina è emerso un orientamento secondo il quale è possibile ottenere, a seguito dell'azione di classe, una sentenza di condanna generica⁶¹, con conseguente completamento della tutela risarcitoria nei giudizi individuali, e ciò anche se l'obiettivo del legislatore con la modifica del precedente testo dell'art. 140 -bis era volto a superare le critiche della doppia fase di tutela. Pur ritenendo, invece, la sentenza conclusiva del procedimento di cui all'art. 140 -bis cod. cons., una sentenza di condanna, anche nell'ipotesi in cui fissi criteri omogenei di calcolo⁶², sarebbe stato opportuno ai fini dell'esecuzione che il legislatore avesse fornito indicazioni certe in ordine alla circostanza che il titolo esecutivo potesse essere individuato ovvero individuabile.

Infine, costituisce una lacuna davvero incredibile l'assenza di una disciplina dettata per le impugnazioni, e ciò anche considerando nel complesso la norma, alla luce delle possibili conseguenze sul diritto di difesa degli aderenti. Forti perplessità suscita la possibilità che si tratti di problemi risolvibili utilizzando unicamente soluzioni ermeneutiche, ovvero attraverso una semplicistica applicazione tout court della disciplina generale delle impugnazioni.

I problemi da affrontare sono innumerevoli, già a cominciare dalla legittimazione ad impugnare. Siamo infatti, di fronte ad un istituto processuale in cui è ben possibile che la sentenza accolga solo parzialmente la domanda proposta riconoscendo il credito solo a vantaggio di una parte degli aderenti, il tutto in un procedimento in cui l'aderente non è una parte processuale. Diventa quindi inevitabile chiedersi quale sia il soggetto in grado di impugnare la sentenza⁶³.

Per quanto il codice di procedura civile disciplini la pluralità di parti nelle fasi di impugnazione, quelle disposizioni non sono dettate per applicarsi agevolmente ad un giudizio in cui l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli della sentenza nei confronti degli aderenti soccombenti possano in taluni casi - così come anche rilevato dai primi interpreti⁶⁴ - essere subordinati unicamente alla volontà dell'originario aderente, che potrebbe anche potenzialmente risultare vittorioso dal giudizio collettivo, senza che in alcun caso si possa trarre un obbligo giuridico di impugnare in capo allo stesso, né sono previste forme di sostituzione

del legittimato ad impugnare.

In realtà, in tutte le ipotesi in cui l'aderente possa vantare doglianze nei confronti della sentenza che chiude il procedimento collettivo, verrà fortemente avvertita l'assenza di indicazioni chiare da parte del legislatore⁶⁵.

Ed allora, costituisce probabilmente una spinta eccessiva verso una soluzione di efficienza quella di non prevedere in capo agli aderenti la possibilità di impugnare, ponendo anche questa scelta rischio dell'incostituzionalità della norma. Così facendo, in altre parole, si accoglierebbe una logica di semplificazione eccessivamente squilibrata a danno degli aderenti. Si potrebbe forse ridurre il probabile pregiudizio consentendo una duplice forma di intervento al Giudice: da una parte si potrebbe, già in fase di identificazione della classe, attribuire il potere di suddivisione in sottoclassi, cosa che potrebbe in qualche modo ridurre il rischio di eccessivi squilibri nel risarcimento; in secondo luogo, ove si mantenesse una ricostruzione dell'azione di classe che precluda la legittimazione ad impugnare ai singoli aderenti, ruolo determinante avrebbe la pubblicità dell'ordinanza di ammissione con cui il Giudice - nelle forme più estese ed in grado di raggiungere tutti i potenziali aderenti - chiarisca le conseguenze dell'adesione in termini di preclusione degli aderenti ad impugnare.

D'altra parte, la lacuna normativa dell'azione di classe relativa alla fase di impugnazione non sorprende del tutto, visto che sia il testo precedente dell'art. 140 -bis del cod. cons., sia tutti i disegni di legge proposti in tema d'azione collettiva risarcitoria, già a partire dalla XIV° legislatura, non hanno mai evidenziato, neanche fuggevolmente, la fase d'impugnazione della sentenza collettiva.

4. — Considerazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni svolte appare a chi scrive indispensabile un intervento legislativo che persegua l'obiettivo di ovviare a dubbi ermeneutici ed interpretativi derivanti dal nuovo istituto.

La norma, per poter essere proficuamente applicata, necessita, per restare ad un ambito strettamente processuale - anche se mai come in questo caso il diritto sostanziale si fonde con il diritto processuale - quantomeno di essere integrata nei meccanismi conciliativi e nelle dinamiche dell'adesione. Nel permettere al giudice di effettuare un controllo sull'attore (anche sotto il profilo della rappresentatività) che si estenda nel corso del processo e non solo nella fase di ammissibilità, nello spostare la transazione sotto il controllo del giudice, nel chiarire meglio l'ambito dei diritti potenzialmente oggetto dell'azione ed il concetto di omogeneità degli stessi, nel valutare e meglio definire il ruolo degli aderenti nella fase probatoria del proprio risarcimento del danno, nel precisare i termini del giudizio di appello e di cassazione. Si tratta, come è evidente, di temi rispetto ai quali l'incertezza interpretativa della norma e, in alcuni casi, l'assenza di alcuna previsione positiva al riguardo, rischia di ostacolare la piena applicabilità dell'art. 140 -bis cod. cons., attestandone la natura di norma di principio.

Ed ancora, diventa indispensabile coordinare il nuovo strumento processuale non solo con l'art. 140 cod. cons., ma anche con la disciplina delle Authorities, rapportando la norma all'interno di una struttura che oramai prevede una serie di meccanismi - ancorché spesso inefficaci - sono tutti rivolti alla tutela degli interessi che coinvolgano una pluralità di soggetti, e che richiedono una lettura congiunta.

Verosimilmente occorrerebbe, quindi, rivedere con nettezza il meccanismo e valutare in modo altrettanto netto anche l'opportunità di estrapolare gli art. 140 ed in particolare il 140 -bis dal codice del consumo⁶⁶, inserendoli in una legge ad hoc. Tale soluzione non comporterebbe una necessaria introduzione della disciplina all'interno del libro IV del codice di procedura civile, ma potrebbe condurre il legislatore a ricostruire l'azione di classe come uno strumento generale - un vero e proprio remedy - non necessariamente limitato ai diritti del consumatore, ma aperto ad esempio anche ai problemi del diritto

all'ambiente, che poi possa essere utilizzato nei vari ambiti con le specificazioni richieste dalle peculiarità delle diverse fattispecie.

Ulteriore elemento positivo è dato dal fatto che l'art. 140 -bis cod. consumo «prima versione» veniva definitivamente superato. Per un esame della precedente versione dell'azione collettiva risarcitoria, tra tutti, si rinvia a Consolo C., Bona M. e Buzzelli P., *Obiettivo Class action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008.

2 La nozione di interessi collettivi, a mio giudizio, individua quelle posizioni di vantaggio appartenenti al singolo consumatore ma non esclusivamente ascrivibili allo stesso. In sintesi, si tratta di posizioni giuridiche soggettive spettanti ad una moltitudine di consumatori - titolari in modo pieno - caratterizzate dall'essere conformi; di talchè la medesima condotta illecita del professionista comporta, inevitabilmente, la lesione di tutti i soggetti appartenenti alla categoria. Sul concetto di interesse collettivo si veda tra i tanti: Vigoriti V., *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milano, 1979, p. 17 ss.; Cappelletti M., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 367 ss.; Proto Pisani A., *Appunti preliminari per lo studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi- Atti del Convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padova, 1976, p. 263 ss.; Costantino C., *Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, cit., p. 223 ss.; Grasso E., *Gli interessi della collettività e l'azione collettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 24 ss.; Trocker N., voce *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989; Donzelli R., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli 2008, p. 273 ss.

3 L'azione inibitoria riconosciuta alle associazioni dei consumatori contro le clausole vessatorie, disciplinata nell'art.1469-sexies c.c., è stata introdotta dall'art. 25 L. 6 febbraio 1996 n. 52 «Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee» e poi adottata come modello dal legislatore, con la successiva Legge n. 281 del 1998 «Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti», assurgendo a strumento generale e collettivo per la tutela dei consumatori. Oggi tali strumenti processuali sono stati integralmente trasposti nel D.lgs. n. 206/2005 (c.d. Codice del Consumo).

4 Pur se non è escluso, ed è anzi verosimile, pensare che anche i singoli consumatori non possano agire utilizzando tale strumento processuale esercitando un'azione individuale. In tal senso si veda anche, Pagni I., Class action e azione inibitoria tra diritto sostanziale e processo, in www.judicium.it. L'A. ha, infatti, rilevato: «Mettiamo subito da parte la questione se lo strumento inibitorio, pur se non nelle forme e con le garanzie previste nell'art. 140 per l'inibitoria collettiva, possa essere utilizzato anche dai singoli con riferimento a condotte che attentino ai diritti elencati nel Codice del Consumo» dando al quesito risposta affermativa, ed infatti, continua l'A. «La formulazione dell'art. 2 (...) riconosce e garantisce quelle situazioni soggettive, e le riconosce come diritti "individuali" e "collettivi" dei consumatori e degli utenti e delle loro associazioni» e di conseguenza «Si potrà allora discutere, se si voglia anticipare la soglia di intervento della tutela giurisdizionale civile, di quale sia il momento in cui, per l'appartenente al gruppo, possa dirsi sorto l'interesse ad agire in chiave preventiva sul piano processuale, e se questo interesse postuli il verificarsi già di un danno o si accontenti del compimento dell'illecito» ritenendo, in ogni caso, che l'utilizzo individuale del rimedio inibitorio sia consentito anche al singolo.

5 L'azione di classe si caratterizza per la sua natura alternativa alla tutela risarcitoria individuale sempre riconosciuta al singolo consumatore o utente danneggiato, che voglia ottenere un risarcimento senza utilizzare i rimedi collettivi riconosciuti dall'art. 140 -bis. Accanto alle forme risarcitorie completano la tutela le disposizioni dettate all'interno del codice del consumo in tema di rimedi inibitori e ripristinatori di cui agli artt. 37 e 140 cod. consumo.

6 L'appartenenza dell'ordinamento italiano alla tradizione giuridica dei sistemi di civil law e la scelta di affidare tradizionalmente la tutela di esigenze collettive o ultraindividuali alla giurisdizione penale, amministrativa ovvero negli ultimi anni al ruolo delle Authorities, segna un preciso indirizzo culturale del nostro sistema, che solo negli ultimi anni ha superato le resistenze ad utilizzare il processo civile quale strumento privato di risoluzione di controversie collettive. Al contrario, la maggiore elasticità dei sistemi di common law ha visto da tempo svilupparsi la convinzione che il processo civile potesse regolarsi agevolando la trattazione e decisione delle multiparty litigations, rappresentando un terreno fertile per lo sviluppo di azioni collettive risarcitorie.

7 Il comma 4 del nuovo art. 140-bis cod. consumo dispone, infatti: «La domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale».

8 I diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, riconosciuti e garantiti dall'art. 2 cod. consumo sono i diritti: a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; c-bis) all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali; f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza.

9 In questo senso si veda Menchini S., La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive, in Id. (a cura di) *Le azioni seriali*, Napoli, 2008, p. 55 ss., il quale a proposito dell'art. 140 cod. consumo afferma: «in questo tipo di azione, oggetto dell'accertamento è non una situazione soggettiva sostanziale, ma una questione di fatto e/o di diritto». Tale ricostruzione viene giustificata dall'A. sul rilievo che «quando un elemento di fatto o di diritto può assumere rilevanza per una pluralità di diritti e, quindi, di processi, il legislatore, per ragioni di economia dei giudizi, ben può prevedere che esso costituisca oggetto di autonoma domanda e, di conseguenza, di decisione con efficacia di giudicato».

10 Si veda Pagni I., *Tutela individuale e tutela collettiva: un'indagine sul possibile raccordo tra rimedi*, in *Le azioni seriali*, cit., p. 153 ss., secondo cui, invece, il provvedimento finale reso all'esito del procedimento ex art. 140 cod. consumo inserendosi all'interno della coppia pretesa-obbligo, è diretta ad accertare l'obbligo violato da parte dell'imprenditore.

11 Si pensi alle ipotesi di querela di falso e di verifica di scrittura privata, dove l'accertamento ricade su un fatto giuridicamente rilevante.

12 Nell'azione collettiva inibitoria ripristinatoria si accerterà il fatto (la condotta) lesiva dell'interesse collettivo - meglio all'interesse individuale collettivo, come riconosciuto dall'art. 2 cod. consumo - mentre nell'azione di classe l'accertata lesione del diritto individuale omogeneo sarà strumentale al riconoscimento del diritto al risarcimento del danno. Con riferimento all'art. 140 -bis si è rilevato recentemente - si veda Menchini S. - Motto A., *Art. 140 bis*, in www.judicium.it, in corso di pubblicazione

nella rivista *Le nuove leggi civili commentate* - che l'illiceità della condotta offensiva denunciata dall'attore è risolta all'interno dell'azione di classe *incidenter tantum*, integrando una questione preliminare di merito. Si veda anche oltre sull'argomento par. 3.1.

13 Marinucci E. , Il rapporto tra le azioni collettive previste nel codice del consumo dopo l'introduzione della nuova azione collettiva risarcitoria, in *Corr. giur.*, 2008, n. 7, p. 1028, nota 23, (richiamando quanto sostenuto da Consolo C., in *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, V, p. 165), rileva come l'azione inibitoria non richiede i medesimi presupposti dell'azione collettiva risarcitoria. Non basta, quindi, l'accertamento della condotta lesiva dell'imprenditore ai fini dell'accoglimento dell'azione di classe, ma occorre altresì che la lesione sia *contra ius* e *non iure* ed inoltre che si accerti l'ulteriore elemento del dolo o della colpa, accertamento assente e non necessario nell'azione collettiva di cui all'art. 140 cod. consumo.

14 *Ma v.* al §2.4. per l'individuazione di un potenziale ambito di tutela comune tra le due discipline.

15 Si veda per tutti Menchini S., *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, cit., p. 92; Pagni I., *Tutela individuale e tutela collettiva: un'indagine sul possibile raccordo tra rimedi*, in *Le azioni seriali*, cit., p. 165. Pur non essendo questa la sede per approfondire le ragioni che fondano l'estensione degli effetti della sentenza collettiva sui giudizi individuali, si rileva l'emergere in tal senso di due distinte ricostruzioni del fenomeno. Secondo alcuni interpreti l'estensione del giudicato avverrebbe *secundum eventum litis*, e dunque con applicazione analogica dell'art. 1306 c.c. (in tal senso Menchini S., op. ult. cit.), mentre per altra parte della dottrina (Pagni I., op. cit.) la *ratio* si rintraccerebbe, non nel richiamato art. 1306 c.c., quanto nella circostanza che il giudicato avrebbe ad oggetto l'accertamento dell'obbligo violato dall'imprenditore e dunque cadrebbe su una situazione giuridica a dimensione collettiva con immediata estensione di tale effetto su tutti i

consumatori titolari del diritto.

16 Non potrebbe, invece, attribuirsi la stessa efficacia anche nei successivi procedimenti, individuali o collettivi, alla pronuncia cautelare resa ai sensi dell'art. 140 cod. consumo comma 8 e non seguita dal merito. In tal caso, infatti, il valore dell'accertamento del provvedimento anticipatorio non avrebbe idoneità al passaggio in giudicato. La natura strumentale al provvedimento di merito, inoltre, impedisce l'utilizzabilità in un altro procedimento, e tutto ciò contrariamente alla sentenza inibitoria di primo grado - qualora si muova dalla premessa che l'inibitoria abbia un'efficacia di accertamento - in cui l'accertamento è vincolante anche per gli altri giudizi; si veda in tal senso Marinucci E., op. cit., p. 1027.

17 Seppur con orientamenti diversi, in dottrina si privilegia unicamente l'estensione della decisione favorevole ai consumatori, escludendo che una decisione di rigetto possa condizionare i successivi giudizi risarcitori; in tal senso Menchini S., op. ult. cit., p. 87 ss. che fonda tale esclusione sull'operatività del principio del giudicato secundum eventum litis; ancora Pagni I., op. ult. cit., p. 165, che fonda l'estensione in relazione al contenuto precettivo del solo accertamento della violazione posta in essere dall'impresa (escludendo una mera efficacia pratica della decisione). Si veda inoltre Marinucci E., op. cit., p. 1029 ss., che in riferimento al rapporto fra l'azione collettiva risarcitoria e le preesistenti azioni collettive a tutela di interessi collettivi (rapporto che comunque solleva problemi analoghi al rapporto intercorrente fra azioni collettive e azioni individuali risarcitorie), esclude l'effetto preclusivo dell'accertamento negativo contenuto nella sentenza ex art. 140 cod. consumo per le successive azioni risarcitorie proposte da un associazione diversa rispetto a quella che si è vista rigettata la domanda, in relazione alle regole del contraddittorio e dei limiti soggettivi del giudicato ex art. 2909 c.c. Nell'ipotesi invece in cui l'associazione attrice sia la medesima nelle due azioni l'A., muovendo dalla qualificazione - minoritaria - della sentenza inibitoria come sentenza costitutiva di una regola di condotta a carico dell'impresa convenuta, ritiene che la sentenza di rigetto non ha effetto preclusivo in quanto l'oggetto delle due pronunce è diverso e non connesso: «Il rigetto della domanda è una decisione di merito, che accerta l'inesistenza del diritto potestativo dell'attore a chiedere l'inibitoria; e tale diritto non ha nulla a che vedere con il diritto di azione

dell'associazione ad ottenere l'accertamento, in capo ai consumatori (...) di diritti al risarcimento del danno o alle restituzioni.».

18 Tale affermazione meriterebbe un'analisi che il presente contributo non mi consente. Non può non rilevarsi come la questione lasci aperti spazi problematici e soluzioni interpretative di non poco momento. In tal senso, anche per un esame più approfondito delle questioni, si veda Marinucci E., op. cit., p. 1027 ss. la quale ritiene che, anzitutto, occorrerebbe distinguere tra un contenuto inibitorio della pronuncia, ovvero anche di ripristino, e ciò per individuare se le condotte illecite per cui si richiede la tutela risarcitoria sorgano in conseguenza della violazione dell'obbligo fissato nella pronuncia inibitoria (e dunque successivamente allo stesso) ovvero se già la pronuncia ex art. 140 cod. consumo abbia nel suo contenuto accertato la condotta illecita e l'obbligo violato. Sarebbe, poi, necessario dare soluzione alla questione della natura della sentenza collettiva inibitoria-ripristinatoria ed in generale all'efficacia della sentenza di accertamento non ancora definitiva.

19 D'altra parte, basti rilevare che il processo ex art. 140 -bis cod. consumo non fa venir meno la natura individuale del diritto al risarcimento del danno, ma utilizza una soluzione processuale che tende ad aggregare le singole pretese per agevolarne l'accesso alla giustizia e la concreta risarcibilità. Di conseguenza, così come per l'efficacia della sentenza collettiva inibitoria-ripristinatoria sul processo individuale anche per il giudizio collettivo risarcitorio potrebbe ritenersi utilizzabile il giudicato sui fatti accertati (rectius obbligo violato dall'imprenditore).

20 Pare evidente che l'esistenza di una pronuncia resa all'esito di un giudizio collettivo inibitorio-ripristinatorio, che accerti la condotta lesiva dell'interesse collettivo da parte, condizioni la valutazione del Giudice dell'azione di classe nell'accertare se la domanda del proponente - nei confronti della medesima impresa e sulla base della stessa condotta - sia fondata.

21 E, dunque, l'imputabilità del danno alla condotta illecita, dolo o colpa (ove prevista dalla disciplina).

22 L'accertamento dell'obbligo violato dall'impresa convenuta.

23 Mentre, infatti, l'art. 140 cod consumo non dispone limitazioni alla competenza territoriale del Giudice, il nuovo art. 140 -bis dispone al suo comma 4 che:« la domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale».

24 Si veda in tal senso il comma 6 dell'art. 140 -bis cod. consumo, il quale stabilisce che all'esito della prima udienza il Giudice può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo.

25 Si veda l'art. 27 cod. consumo comma 2: L'Autorità, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti.

26 L'atteggiamento dell'Unione europea, volto a promuovere la composizione extragiudiziale, muove più che da esigenze di celerità del processo dal problema dell'accesso alla giustizia dei consumatori.

27 Art. 140 comma 12: Restano salve le procedure conciliative di competenza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di cui all'articolo 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997, n. 249.

28 A tal riguardo, occorre rilevare che il recente testo del D.Lgs. n. 28 del 2010, dettato dal legislatore in tema di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, ha previsto la possibilità di espletamento di una conciliazione facoltativa all'interno del procedimento ex art. 140-bis cod.cons., ed ha regolamentato all'art. 15 uno specifico segmento del rapporto tra l'azione di classe e la mediazione statuendo che «quando e' esercitata l'azione di classe prevista dall'articolo 140-bis del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, la conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito». Oltre a comprendere la reale portata interpretativa della disposizione, restano, però, da chiarire ulteriori aspetti circa la concreta utilizzabilità dello strumento conciliativo all'interno di un procedimento così peculiare e nuovo per il nostro ordinamento come l'azione di classe.

29 Sia la giurisdizione penale, che quella amministrativa hanno costituito tradizionalmente gli strumenti privilegiati in cui concentrare la tutela degli interessi meta-individuali, in tal senso si veda Cappelletti M., Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile, cit., p. 368. D'altra parte, anche negli ultimi decenni, il nostro ordinamento ha continuato ad investire in strumenti pubblici per la tutela di

interessi ultraindividuali. In tal senso vanno inquadrare le varie Autorità Amministrative indipendenti, o c.d. Authorities, dapprima quale strumento di regolazione del mercato e successivamente, in accordo alle regole dell'Unione Europea, al fine di garantire il corretto funzionamento della concorrenza nel mercato e la salvaguardia di interessi collettivi rilevanti.

30 L'art. 2, comma 1°, D.lgs. n. 198 del 2009 recante Attuazione dell'art. 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, prevede infatti che: il ricorso di cui all'articolo 1 non può essere proposto se un organismo con funzione di regolazione e di controllo istituito con legge statale o regionale e preposto al settore interessato ha instaurato e non ancora definito un procedimento volto ad accertare le medesime condotte oggetto dell'azione di cui all'articolo 1, nè 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.

31 Pur potendosi preferire una diversa soluzione che fosse volta ad ottenere l'adempimento dell'obbligo imposto ai concessionari, come soluzione più opportuna ed efficace per la soddisfazione degli interessi degli utenti e dei servizi pubblici, non si può celare che in tal modo il legislatore abbia reso chiara una precisa scelta politica nel quadro dei rimedi concessi.

32 Sia per la restituzione di somme, ovvero si potrebbe ipotizzare la disattivazione o attivazione di servizi forniti dall'impresa su semplice richiesta dell'utente e consumatore.

33 In dottrina si propende addirittura per l'autonomia delle misure ripristinatorie, di cui alla lett. b dell'art. 140 cod. cons., rispetto al provvedimento inibitorio del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e si afferma l'ammissibilità di siffatte misure indipendentemente dall'esercizio dell'azione inibitoria.

34 In alcune pronunce il Giudice, ritenendo lesiva degli interessi dei consumatori l'applicazione all'interno dei rapporti bancari della capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, ha emesso un provvedimento con cui ha inibito alla banca, in futuro, di rifiutarsi di restituire le somme che le venissero richieste dai suoi clienti consumatori quale indebito pagamento di interessi anatocistici trimestrali non dovuti e versati in applicazione di clausole contrattuali illegittime per violazione dell'art. 1283 c.c. (Trib. Milano, 15 settembre 2004, in Foro It., 2004, I, 3481 ss.; in senso conforme Trib. Palermo, 29 maggio 2006, in Foro It., 2006, I, 2542 ss; Trib. Palermo 22 Giugno 2006, Banca, borsa, tit. cred., 2008, 3, 367; Trib. Palermo 26 ottobre 2007;). In un altro caso, la pronuncia resa dal Tribunale è stata nel senso di ordinare ad un operatore di telefonia -che aveva posto in essere una campagna pubblicitaria ingannevole- l'invio di una comunicazione a tutti i contraenti mediante la quale informare dell'esistenza del diritto (previa domanda di accertamento e verifica dei requisiti indispensabili) a richiedere la restituzione dei canoni versati dalla sottoscrizione del contratto (Trib. Torino, 20 novembre 2006, in Danno e resp., 2007, 1139 ss., con nota di Conti R. e Rizzo G.). Infine, recentemente, in relazione alla condotta di un operatore di pay-tv che addebitava ai clienti il costo di una rivista mai richiesta, la decisione dell'organo giudiziale ha assunto i caratteri propriamente restitutori, ordinando all'impresa convenuta di riaccreditarla in unica soluzione, in favore di tutti gli abbonati cui fosse stato addebitato una maggiorazione del costo del servizio in relazione all'invio di una nuova rivista, l'intera somma percepita oltre interessi legali dalle date di ogni addebito (Trib. Roma 30 aprile 2008, in Foro It., 2008, I, 2679 ss., con nota di De Santis A.D.). Per un commento più completo dei casi evidenziati ed in generale sull'estensione della tutela ex art. 140 cod. consumo nell'applicazione giurisprudenziale, si rinvia a Pagni I., L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda, in Riv. dir. civ., I, 2010, p.1 ss.

35 In questo senso Caponi R. , La riforma della «class action». Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo, su www.judicium.it; o ancora Caponi R., La class action in materia di tutela del consumatore in Italia, in *Foro it.*, 2008, V, p. 281, in merito all'ormai noto caso del provvedimento del Tribunale di Roma, ord. 30 aprile 2008, Movimento consumatori e Unione Nazionale consumatori c/ Sky Italia s.r.l.

36 Specie ove si ritenga che l' art. 140 cod. consumo consenta la tutela degli stessi diritti soggettivi di cui all'art. 140 bis cod. consumo, non solo mediante associazioni riconosciute, ma anche attraverso l'azione individuale del singolo consumatore che attribuisca mandato alle associazioni riconosciute.

37 Per una completa analisi del rapporto tra tutela specifica e risarcimento per equivalente come forme subordinate di tutela sia per i diritti assoluti che relativi si rinvia a Pagni I., *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 9 ss.

38 Pur se l'argomento non costituisce terreno di indagine, può rilevarsi come, dal punto di vista della elaborazione dogmatica, in dottrina si ritenga che la tutela specifica faccia sorgere in capo all'autore dell'illecito il dovere di porre la situazione lesa nel pristino stato, mentre il risarcimento intervenga in tutti quei casi in cui la lesione determini l'estinzione della situazione giuridica soggettiva oggetto dell'illecito, ed il sorgere, in sua sostituzione, di un obbligo risarcitorio (Si veda in tal senso Castronovo C., *Il risarcimento in forma specifica come risarcimento del danno*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto S., Napoli, 1989, I, p. 490, come richiamato da Pagni I., *Tutela specifica e tutela per equivalente*, cit., p. 10, nota 14). In altri termini, la tutela specifica interviene direttamente nella realtà fattuale coinvolta dall'illecito, mentre il risarcimento incide sulla sfera patrimoniale del soggetto danneggiato.

39 In tal senso si accoglierà la tesi di Pagni I., Tutela specifica e tutela per equivalente, cit., la quale interrogandosi sul problema del rapporto tra rimedi e bisogni di tutela e dunque sulla possibilità e sui limiti per cui «l'interprete possa spingersi ad integrare un assetto di rimedi che, nella particolare contingenza, appaia lacunoso e incompleto» risolve sostenendo che si possa «invocare in chiave interpretativa il principio di effettività quante volte una norma processuale appaia limitare ingiustificatamente lo spazio per la piena tutela dei diversi diritti» pp. 14 e 83.

40 A tal riguardo, è stato rilevato in un recentissimo lavoro di commento del nuovo testo dell'art. 140 -bis cod. consumo (Menchini S. e Motto A., Art. 140 bis, cit.), che l'azione di classe non sembra estesa - a meno di non voler forzare il testo della norma- a forme di tutela e riparazione in natura, ed è dunque limitata unicamente al risarcimento per equivalente, ovvero il risarcimento del danno in forma specifica nei casi eccezionali in cui questa «avviene tramite la liquidazione di una somma di denaro a favore del danneggiato». Tale soluzione è però ritenuta dagli AA. chiara, ma certamente non ragionevole, non comprendendosi la ragione per cui specie in talune ipotesi in cui la tutela degli interessi dei consumatori trovi soddisfazione (anche) mediante l'ordine di riparazione o di sostituzione del bene.

41 Quanto all'ulteriore problema se la sentenza ex art. 140 bis possa contenere anche una misura inibitoria, anche non cautelare, ove si accogliesse l'orientamento (invero minoritario) avanzato in dottrina (si veda in tal senso Pagni I., Tutela specifica e tutela per equivalente, cit., p. 51), per cui l'azione inibitoria costituisce una azione atipica esperibile in tutti i casi in cui i rimedi repressivi siano insufficienti a compensare il danno arrecato, non pare potrebbero sollevarsi rilievi all'utilizzo in aggiunta al risarcimento del danno, al fine di evitare - se possibile - il reiterarsi della lesione già prodotta.

42 Una semplice lettura del testo della rule 23 della Federal Rules of civil procedure degli Stati Uniti d'America, fa emergere immediatamente che il tema della chiarezza del testo normativo è particolarmente avvertito nel sistema giuridico d'oltreoceano.

43 Si pensi alla diversa applicazione che avrebbe l'azione di classe ove il concetto di identità venisse diversamente interpretato e riferito quale sinonimo di omogeneità, e dunque l'identità diritti sarebbe uguale all'identità del titolo che fonda il risarcimento (si avrebbe quindi una connessione del titolo, tesi sostenuta da Bove M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit.); ovvero si pensi al concetto di identità riferito alla tipologia di danni richiesti, ovvero, ancora, come perfetta identità del danno subito anche nel quantum da richiedere.

44 Il richiamo va a Caponi R., *La riforma della «class action»*. Il nuovo testo dell'art. 140-bis cod. cons. nell'emendamento governativo, cit.; o, ancora, *Il nuovo volto della class action*, su *Foro. It.*, V, p. 384.

45 Santangeli F., Parisi P., *Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons.*, in Vigoriti V., Conte G., *Futuro-Giustizia- Azione collettiva - Mediazione*, cit., p. 260.

46 Strutturalmente vocato ad una doppia fase di tutela, dapprima collettiva e, verosimilmente, di accertamento, mentre la seconda propriamente risarcitoria e rimessa all'iniziativa dei singoli danneggiati.

47 In questo senso, anche recentemente Menchini S. e Motto A., op. cit., i quali rilevano che «tutto l'impianto dell'istituto (...) è basato su una domanda che ha per oggetto i diritti soggettivi dei singoli e sembra essere incompatibile con un'azione circoscritta alla declaratoria di illiceità della condotta del professionista, per cui è da escludere che l'azione dell'art. 140-bis possa concernere esclusivamente quest'ultima forma di tutela». In senso opposto Bove M., I profili processuali dell'azione di classe, cit., il quale, al contrario, ritiene che, nel caso in cui l'azione di classe presenti questioni individuali che impedirebbero un risarcimento unitario, soluzione opportuna è quella di riconoscere alla sentenza conclusiva il compito di accertare la questione comune. Ritiene, infatti, l'A. che «Se si evitano irrigidimenti concettuali, in particolare allentando qui la vigenza del principio della domanda al fine, se così possiamo dire, di salvare il salvabile, a me sembra che questa sia l'unica strada che l'interprete possa seguire, non sembrandomi prospettabile alcuna altra soluzione pratica».

48 Seppure la possibilità di suddivisione della classe in più sottoclassi non possa certamente trarsi dalla lettera della norma, la stessa avrebbe il pregio di garantire una facilitazione nella prova e nella liquidazione del danno. Il sistema americano della class action prevede la possibilità che il giudice disponga una suddivisione della classe. Un'applicazione analogica della disciplina all'interno del sistema italiano permetterebbe all'organo giudiziale non solo di ottimizzare i tempi del processo, con la gestione dell'istruttoria agevolata dalle differenti tipologie di danni, ma garantirebbe altresì - specie in sede decisoria - un'utilizzazione efficace dello strumento processuale, con l'emanazione di condanne risarcitorie - ovvero di condanne che determinino i criteri risarcitori - meglio rispondenti alle diverse posizioni dei soggetti danneggiati. Per un'analisi più approfondita si rinvia a Santangeli F., Parisi P., cit. p. 260 ss. Si tratta, per altro, di posizione già avanzata in dottrina in relazione alla precedente versione dell'azione collettiva risarcitoria (in tal senso si vedano Giussani A., Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum, su www.judicium.it; o Caponi R., La class action in materia di tutela del consumatore in Italia, cit., ed in effetti la concreta struttura dell'istituto sembrerebbe incentivare una tale soluzione (si pensi al concetto di identità dei diritti come diversa tipologia di danno e alla possibilità di utilizzare i criteri per la liquidazione come modo per diversificare la tutela delle sottoclassi).

49 È stato rilevato, infatti, che gli aderenti costituirebbero unicamente parti sostanziali del rapporto, rivestendo il ruolo di parte processuale (e dunque formale) solo il proponente, con la conseguenza che gli aderenti non avrebbero alcun potere processuale; si veda da ultimo Bove M., I profili processuali dell'azione di classe, cit.

50 E dunque i soggetti danneggiati conoscerebbero prima dell'adesione quali danni potrebbero essere risarciti (ad es. il solo danno patrimoniale ovvero unitamente danno patrimoniale e biologico etc.) e/o quali misure che potrebbero ottenersi dalla partecipazione all'azione di classe (solo la restituzione di somme ovvero il risarcimento del danno).

51 Il comma 3 recita: I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore.

52 Si tratta di un'opinione che trova conferme in dottrina, in tal senso si veda Menchini S., Motto A., op. cit.

53 Permettendo anche una valutazione del requisito dell'adeguata rappresentanza del proponente, in modo da accertarne la permanenza nel corso dell'intera durata del procedimento, e non solo nella fase di ammissibilità dell'azione di classe.

54 Si ricorda in tal senso che il sistema americano della class action prevede un ampio potere riconosciuto al Giudice anche nella scelta del soggetto ritenuto più adeguato nella tutela degli interessi della classe a cui affidare la gestione della class action, nonché alla possibilità dei componenti della classe di attivare una procedura che abbia come esito finale la sostituzione del class representative.

55 Per una più approfondita disamina del tema di rinvia a quanto detto in Santangeli F., Parisi P., Il nuovo strumento di tutela collettiva risarcitoria: l'azione di classe dopo le recenti modifiche all'art. 140-bis cod. cons., cit., p. 250 ss.

56 Si veda per le fonti Cappiello S., La vigilanza sui conflitti di interesse nella “banca universale” e il ruolo delle class action: l'esperienza statunitense e le iniziative italiane, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 54.

57 D'altra parte, che la disciplina delle transazioni rappresenta un terreno delicato da disciplinare compiutamente in modo da evitare problemi applicativi, è dimostrato dal fatto che, anche in ordinamenti, come gli Stati Uniti, in cui da secoli si utilizza l'istituto della class action, si è assistito ad uno sviluppo distortivo dello strumento transattivo. I problemi sono stati tali -con squilibri risarcitori che s'instauravano tra i legal studios e i class members- da costringere il legislatore ad intervenire - con il provvedimento legislativo denominato Class Action Fair Act of 2005 - attribuendo al giudice forti controlli in tema d'approvazione della transazione, c.d. settlement, che si spingono sino ad un controllo dell'adeguatezza del rapporto tra risarcimento e compensi giudiziali, negando l'approvazione nei casi in cui esso risulti sproporzionato. Si tratta di ipotesi non immediatamente riproducibili nel nostro ordinamento, che presenta una diversa regolamentazione dei rapporti economici, ma ciò da la misura dei rischi cui si espone la transazione in un processo collettivo risarcitorio, ove non si attribuiscono forti poteri giudiziali di

controllo.

58 In dottrina, anche di recente (Menchini S., Motto A., op. cit.) è stata avanzata la possibilità che una chiusura del processo per via transattiva non precluda l'esercizio dell'azione di classe ai soggetti che non hanno espressamente consentito alla transazione. Nello stesso senso, anche Bove M., *Profili processuali dell'azione di classe*, cit., il quale riferisce che la salvezza dei diritti individuali prevista dal comma 15 dell'art. 140 bis vada intesa in senso costituzionalmente orientato e dunque «si deve ritenere che nei casi citati gli aderenti possano esercitare i loro diritti, non solo nella forma dell'azione individuale, ma anche nella forma dell'azione di classe». Se non può che condividersi il buon senso della soluzione, non pare, invece, che dal testo della norma si possa trarre pacificamente tale possibilità, vista la perentorietà del comma 14° della norma che dispone: 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, agganciandosi tale previsione non ad una chiusura in rito o in merito del procedimento, ma unicamente al decorso del termine per la presentazione delle adesioni.

59 Quanto all'ulteriore problema circa la possibilità che la misura cautelare venga richiesta non solo in corso di causa, ma anche ante causam, pur rinviando per completezza ad un mio precedente lavoro Santangeli F., Parisi P., cit., p. 267 ss., deve dirsi che la soluzione positiva è da preferirsi e, naturalmente, ove la fase cautelare dovesse svolgersi prima del giudizio di ammissibilità, la valutazione prognostica del Giudice si estenderà anche ad un esame dei requisiti necessari all'ammissibilità dell'azione di classe.

60 L'interprete è posto dinnanzi al dilemma di quale potrà essere la cifra su cui si estenderà il sequestro conservativo: se cioè potrà concedersi sul valore della domanda, ovvero il giudice dovrà spingersi a valutare non solo il potenziale esito e danno dell'azione di classe, ma anche la quantità dei soggetti danneggiati che potrebbero aderire -con valutazione prognostica- all'azione.

61 Si veda in tal senso Menchini S., Motto A., op. cit., i quali con riferimento alla pronuncia del Giudice con cui vengono stabiliti i criteri omogenei di calcolo, ex art. 140bis comma 12° capoverso cod. consumo, rilevano: «siamo in presenza di una sentenza di condanna generica, cui si accompagnano gli effetti tipici di tale provvedimento (in specie, costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, ha efficacia sulla prescrizione ai sensi dell'art. 2953 c.c.; al contrario, non è titolo esecutivo e non consente l'esercizio delle azioni esecutive)».

62 In tal senso si rinvia al testo Santangeli F., Parisi P., op. cit. p. 261 ss.

63 I primi commenti alla norma sono tutti orientati ad escludere la legittimazione ad impugnare in capo agli aderenti della sentenza che abbia rigettato l'azione di classe. In questo senso Bove M., I profili processuali dell'azione di classe, cit.; Menchini S., Motto A., op. cit. D'altra parte, gli stessi commentatori hanno avanzato dubbi sulla legittimazione ad appellare nelle ipotesi in cui la soccombenza colpisca soltanto gli aderenti. In particolare Menchini S., Motto A., rilevano: «qui, il promotore non ha alcun interesse a coltivare il processo e, forse, deve essere l'aderente colpito dalla decisione negativa a tutelare i propri diritti, proponendo le necessarie impugnazioni. Il sistema delineato, senza dubbio, pone l'aderente in una posizione di forte debolezza».

64 In questo senso Bove M., I profili processuali dell'azione di classe, cit., il quale interrogandosi sulla possibilità che gli aderenti possano rivalersi nei confronti dell'attore di classe che non abbia proposto appello, rileva come: «Quand'anche si volesse dare in astratto risposta affermativa a questa domanda, avremmo con ciò solo individuato un rimedio del tutto teorico, senza alcuna valenza pratica».

continuando: «Ed, allora, escluso il potere d'impugnazione del singolo aderente, ove l'attore di classe decida di non impugnare la partita finisce qui!».

65 Si pensi alle ipotesi in cui pur accogliendo la domanda risarcitoria il Giudice fissi criteri di liquidazione che possano avvantaggiare parte degli aderenti e pregiudicarne altri, in questo senso si veda Menchini S., Motto A., cit.

66 Non vi è dubbio sul fatto che l'inserimento della norma all'interno del Codice del Consumo costituisca una precisa scelta politica del legislatore. Occorrerebbe valutare però l'opportunità di estrapolare la tutela collettiva risarcitoria da un sistema di norme dedicato unicamente alla tutela dei consumatori, circostanza questa che garantirebbe l'utilizzo del meccanismo processuale ad una platea più vasta di soggetti.

<https://www.diritto.it/le-lacune-della-nuova-azione-di-classe-e-i-problemi-di-coordinamento-con-gli-altri-strumenti-di-tutela-collettiva/>