

La nuova azione collettiva risarcitoria

Massimiliano Dona

Come è ormai noto, la Legge Finanziaria 2008 ha introdotto nell'ordinamento italiano una forma di azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori, che oggi ritroviamo nell'articolo 140 *bis* del Codice del Consumo. L'impianto normativo è certamente perfettibile, ma l'azione collettiva insegna che il singolo può mettere da parte se stesso per diventare un gruppo.

Introduzione

Il legislatore, qualsiasi opinione se ne abbia, va preso sul serio. La buona notizia, quindi, è che grazie alla Legge Finanziaria per il 2008 (Legge n. 244 del 24 dicembre 2007, art. 2, comma 446), il Codice del Consumo si arricchisce del nuovo art. 140 *bis*, rubricato "azione collettiva risarcitoria", conclusione di un'intensa stagione di dibattito che ha interessato gli studiosi ed entrambi i rami del Parlamento nell'arco di due legislature.

La cattiva notizia (è bene anticiparlo fin da subito) è che il progetto che oggi è diventato legge dello Stato non sembra idoneo a svolgere la funzione per la quale è stato fortemente voluto: riequilibrare la posizione di debolezza del consumatore ogniqualevolta - e l'osservazione della realtà dimostra che accade sempre più frequentemente - egli subisce la lesione di un diritto di scarso valore economico tale da indurlo a rinunciare alla tutela in giudizio perché antieconomica rispetto al danno subito.

Riprendendo la metafora di un autorevole studioso delle azioni collettive che ha paragonato l'introduzione di un simile strumento processuale alla possibilità, in una città il cui trasporto urbano sia compiuto solo dai taxi, di offrire anche il trasporto in autobus (Giussani, 2005), nel caso della neonata azione collettiva italiana si ha come la sensazione che il legislatore non si sia preoccupato del traffico, abbandonando gli autobus agli ingorghi caratteristici delle aule di giustizia italiane.

L'attuale art. 140 *bis* del Codice del Consumo (entrerà in vigore a partire dal 30 giugno 2008), infatti, non risolve le difficoltà di accesso dei consumatori al processo, abbreviandone i tempi o i percorsi, né sembra poter materializzare gli altri vantaggi generalmente connessi alla tutela collettiva dei diritti: sanatoria per il rischio di eventuali pronunce giudiziali discordanti, deflazione del sistema giustizia e, in ultimo, il più importante, quello di svolgere un'efficace azione deterrente nei confronti dell'impresa scorretta.

A ciò si aggiunga una considerazione d'ordine generale riguardo all'attenzione mediatica che si è rivolta al neonato istituto processuale: se fossimo nell'ambito della promozione di beni o servizi, se stessimo parlando di un prodotto commerciale, le esagerazioni di alcune notizie riportate, in questi giorni, dai mezzi di informazione sulla cosiddetta "*class action*" sarebbero paragonabili alla pubblicità ingannevole (a cominciare dalla stessa denominazione di "*class action*").

Proviamo a fare chiarezza, cominciando con il testimoniare il punto di vista di un'organizzazione di consumatori riconosciuta per legge come rappresentativa a livello nazionale e, quindi, iscritta nell'elenco istituito presso il Ministero dello Sviluppo Economico: almeno noi dell'Unione Nazionale Consumatori, infatti, non vorremmo essere scambiati per involontari testimonial di questa *class action* all'italiana e siamo costretti a prenderne le distanze non solo perché è stata trascurata ogni nostra proposta nella fase di scrittura delle norme (le associazioni dei consumatori sono state "sentite", ma non "ascoltate"), quanto perché, così disegnatata, non cambierà il grado di tutela riconosciuta ai cittadini nel nostro paese.

Nell'accingermi a dimostrarne il perché, devo ricordare che le avanzate economie di mercato si caratterizzano per una doppia asimmetria. Da un lato, infatti, rileva quella di natura "economico-informativa" (Alpa, 1998), tipica dei rapporti di consumo di massa: il consumatore è generalmente meno informato della sua controparte professionale, la quale può dedicare più tempo e più risorse all'atto di consumo, essendo per lei abituale, mentre per la controparte privata si tratta di un atto occasionale. Dall'altro lato, ha un peso quella che potremmo definire asimmetria "processuale", cioè il divario tra l'utilità della tutela individuale dei diritti rispetto al costo che il consumatore assume nel momento in cui decide di intraprendere un processo. La spesa per rivolgersi a un legale, la complessità della controversia, la durata stessa del processo sono fattori di rischio che ricadono interamente sul consumatore e che diventano ingiustificati ogniqualvolta si controverte per danni di modesta entità.

La conseguenza di tale scenario si manifesta nel già descritto atteggiamento fortemente remissivo da parte del singolo individuo, il quale manifesta tutta la sua sfiducia, rinunciando all'azione per il risarcimento dei danni. In questo "lasciar perdere" risiede il più appariscente *vulnus* dell'apparato di tutela del consumatore che ricade, più in generale, sull'inefficienza stessa del mercato. E infatti, a fronte di danni di massa di scarso valore individuale, si realizza un considerevole arricchimento in favore di chi realizza le pratiche scorrette per il fatto di sottrarsi agevolmente agli obblighi risarcitori.

È proprio da queste premesse che discende l'esigenza di introdurre strumenti di tutela collettiva che consentano di azionare, in un unico processo, le difese di interessi riconducibili a un' indefinita generalità di soggetti, annullando l'asimmetria tra i diritti riconosciuti in astratto dall'ordinamento positivo e la loro concreta realizzazione nel processo, così da elevare il grado di tutela "vivente" nel quotidiano dei consumatori.

La storia della c.d. *class action* nell'ordinamento italiano prende le mosse nei primi mesi del 2003, ben prima degli scandali finanziari che spesso sono indicati

come il principale antecedente, che ha spinto il legislatore verso un'iniziativa in materia di tutela collettiva. Si deve risalire all'epoca del cartello anticoncorrenziale realizzato dalle compagnie di assicurazione che, dopo l'intervento dell'Autorità Antitrust,¹ scatenò una pioggia di ricorsi e indusse il Governo a intervenire con un decreto² per modificare l'art. 113, 2° comma del Codice di Procedura Civile, penalizzando fortemente l'iniziativa spontanea dei cittadini i quali, di fronte alla prospettiva di ricorrere al patrocinio di un avvocato per l'impugnazione, abbandonarono rapidamente le iniziative intraprese contro le compagnie di assicurazione.

Alle proteste dei consumatori, il Governo rispose con l'impegno di mettere all'ordine del giorno l'introduzione di un meccanismo processuale idoneo a gestire situazioni di ricorsi di massa, consentendo un più agevole accesso alla giustizia e, nel contempo, di deflazionare il carico di processi che affollavano le aule dei tribunali.

Il dibattito di quei giorni è ancora vivido nella memoria dei protagonisti (Dona, 2003): in quei mesi di grande tensione sociale, è stato piantato un seme che sarebbe germogliato alcuni anni più tardi.

Alla fine del 2007, dopo molte vicissitudini (nel corso della XV Legislatura erano otto³ i disegni di legge presentati nei due rami del Parlamento) e con la decisiva spinta di altri eventi che ne avrebbero confermato l'esigenza, il legislatore diede seguito concreto alla volontà politica di trovare un rimedio processuale adatto alla gestione delle numerose cause individuali di scarso valore economico. Dopo il proliferare delle vertenze riguardanti l'anatocismo bancario e i ben noti scandali connessi ai *default* finanziari, non era più possibile evitare di trovare soluzioni che, seppure anomale rispetto al sistema,⁴ dessero risposte adeguate alla forte sollecitazione sociale in atto.⁵

Il nuovo art. 140 bis del Codice del Consumo

Come si diceva nell'*incipit* del presente lavoro, la buona notizia è che l'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori appartiene ormai al diritto positivo, avendo trovato, per opera della Legge Finanziaria per il 2008, un «*provvisorio punto di approdo*» (Giussani, 2008) nell'art. 140 bis del Codice del Consumo.

Questa collocazione appariva obbligata, trattandosi di un «*nuovo strumento generale di tutela nel quadro delle misure nazionali volte alla disciplina dei di-*

¹ AGCM, provv. n. 8546 del 25 luglio 2000, sostanzialmente confermato da TAR Lazio (sent. 6139/2001) e Consiglio di Stato (sent. 2199/2002).

² D.L. 8 febbraio 2003, n. 18, "Disposizioni urgenti in materia di giudizio necessario secondo equità", convertito con modificazioni nella Legge 7 aprile 2003, n. 63. Si osservi che a mente del comma 1-bis, il 2° comma dell'art. 113 Codice Procedura Civile si applica ai giudizi instaurati con citazione notificata a partire dal 10 febbraio 2003.

³ Insieme alla proposta governativa del Ministro per lo Sviluppo Economico, Pierluigi Bersani, si ricordano le

proposte C-1834 (Pedita), C-1433 (Poretti-Capezone), C-1662 (Buemi), C-1882 (Grillini), C-1289 (Maran), S-1330 (Fabris), S-679 (Benvenuto).

⁴ Stephen C. Yeazell, autore di uno dei più autorevoli saggi sulla storia delle azioni di classe, in apertura del suo lavoro afferma che «the class action is an anomaly» (Yeazell, 1987).

⁵ Secondo Andrea Giussani, il modello dell'azione rappresentativa è paragonabile a una «infiammazione con cui l'ordinamento risponde a occasionali 'attacchi infettivi' derivanti da ritardi nel riconoscimento giuridico di nuove aggregazioni di interessi» (Giussani, 1996).

ritti dei consumatori e degli utenti» (secondo quanto testualmente previsto dal comma 445 dell'art. 2 della Legge Finanziaria per il 2008, che rappresenta una sorta di preambolo delle nuove norme). E non poteva essere altrimenti non solo perché la paternità morale della c.d. “*class action*” italiana è ascrivibile alle organizzazioni di consumatori operanti nel nostro paese, quanto perché il nuovo istituto è principalmente diretto alla salvaguardia di interessi di consumo.

Tale delimitazione, però, non deve essere intesa in senso restrittivo, né tantomeno con il significato di escludere che l'azione collettiva risarcitoria possa essere utilizzata a garanzia di altri interessi: del resto, la presenza all'interno del Codice del Consumo non vale a rendere le norme di esclusiva pertinenza dei rapporti di “consumo”, come dimostrano la disciplina relativa alla “sicurezza dei prodotti” (art. 102 e ss.) e la disciplina sulla “responsabilità del produttore” (art. 114 e ss.) azionabili da qualunque soggetto (anche non *strictu sensu* consumatore) i cui interessi si assumano lesi o messi in pericolo.

Ecco perché non sembra condivisibile la lamentela di quanti ritengono che l'azione, come configurata nell'art. 140 *bis* del Codice del Consumo, possa essere considerata discriminatoria di altre istanze non meno meritevoli di tutela in via collettiva. E ciò per due ordini di ragioni. Intanto perché non è vero che ne restano escluse alcune categorie non direttamente collegate a un atto di consumo e mi riferisco, in particolare, alle vittime di danni alla salute, ambientali o di disastri: in molte di queste situazioni, infatti, è comunque rintracciabile un rapporto di consumo o di utenza tale da giustificare il ricorso all'azione attualmente prevista nell'art. 140 *bis* del Codice. Ne resterebbero escluse solo le lesioni derivanti da rapporti con la Pubblica Amministrazione, ma non *ratione materiae* (detti rapporti sono ricompresi a tutti gli effetti nel Codice del Consumo ai sensi dell'art. 101 dello stesso), quanto perché - come si vedrà - l'azione sembra esperibile solo verso l'impresa commerciale e non verso una Pubblica Amministrazione o il singolo amministratore.

Un altro discorso meritano, ed è questo il secondo ordine di ragioni, gli interessi di altre categorie di soggetti (vengono evocati, per esempio, quelli dei minori, delle donne, dei diversamente abili) che non c'è motivo di ritenere esclusi dall'ambito di operatività dell'art. 140 *bis* del Codice del Consumo ogni qual volta si tratterà di azionare in via risarcitoria collettiva pretese derivanti da rapporti di consumo. Laddove, invece, si tratti di prerogative riconosciute alla specifica categoria di soggetti in quanto svantaggiata, sarà sufficiente rivolgersi alle norme - di gran lunga antecedenti la neonata azione a garanzia dei consumatori - che presidiano i rispettivi ambiti di tutela.

In conclusione, appare davvero ingiustificata una certa gelosia manifestata riguardo alle attenzioni prestate dal legislatore per gli interessi dei consumatori, specie se provenienti da categorie il cui percorso di tutela risale a strade più o meno fortunate, ma in ogni caso completamente autonome e ben più risalenti.

I soggetti legittimati ad agire in via collettiva

Il legislatore ha previsto, per l'azione collettiva risarcitoria, la legittimazione ad agire in capo alle associazioni dei consumatori e degli utenti riconosciute come rappresentative a livello nazionale (art. 140 *bis*, 1° comma, Codice del Consumo) e ad altri soggetti adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi (come previsto dal 2° comma).

Siamo di fronte a una chiara scelta di politica legislativa che individua, quindi, due categorie di legittimati: vale la pena di soffermarsi sulla legittimazione delle associazioni dei consumatori rappresentative a livello nazionale (come è noto, è stata la Legge n. 281 del 30 luglio 1998 a prevedere l'istituzione di un organo consultivo, il Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti, e di criteri positivi per la valutazione della loro rappresentatività).

Rispetto all'impostazione dei diversi progetti di legge portati all'esame parlamentare, la soluzione definitivamente adottata, indubbiamente perfettibile, si caratterizza tuttavia per una certa originalità, frutto di un'apprezzabile sintesi tra le posizioni più significative. Da un lato le proposte più dirimenti (Capezzone) configuravano il potere di agire in capo a ciascun soggetto leso, sulla falsariga della *class action* statunitense, dall'altro alcuni progetti (Maran, Benvenuto, Buemi) restringevano la legittimazione alle sole associazioni dei consumatori. Invece il progetto Bersani, sulla scia di quanto già previsto dal Disegno n. 3058, optava per estendere la legittimazione anche alle associazioni dei professionisti e alle Camere di Commercio, cadendo vittima di un «*errore di prospettiva*» (Chiarloni, 2007). Guardando, infatti, alla disciplina della legittimazione all'azione inibitoria nel Codice del Consumo, si osserva che la legittimazione estesa si trova circoscritta all'art. 37 (in tema di azione inibitoria nei confronti delle clausole contrattuali abusive) in considerazione del fatto che, almeno astrattamente, sussiste l'interesse delle associazioni dei professionisti e delle Camere di Commercio per la trasparenza e la correttezza del mercato, messe in pericolo dall'utilizzazione di clausole abusive, soprattutto nei contratti di massa. La legittimazione è, invece, ristretta alle sole associazioni dei consumatori (oltre che agli enti legittimati ai sensi del diritto comunitario per le controversie transnazionali) nel caso di inibitoria generale prevista dall'art. 140 del Codice del Consumo. Qui l'interesse delle associazioni dei professionisti e delle stesse Camere di Commercio a vedersi riconosciuta la legittimazione ad agire sfuma: è ben difficile, per esempio, che un'associazione di industriali desideri far condannare un altro soggetto imprenditoriale iscritto per aver provocato danni ai consumatori mettendo sul mercato un prodotto difettoso.

In termini più generali, resta il fatto che, tra le varie proposte presentate, quella cristallizzata nel neonato art. 140 *bis* resta forse la più plausibile tra il modello ispirato all'azione collettiva delle associazioni dei consumatori già nota al Codice del Consumo e una necessaria apertura ad altri soggetti rappresentativi di interessi collettivi.

Secondo alcuni (Chiarloni, 2007), la legittimazione in capo a enti collettivi porta con sé un ulteriore vantaggio che può dirsi intrinsecamente connesso all'oggetto del processo: il fatto che questo sarà limitato all'accertamento della responsabilità dell'impresa per violazione dell'interesse collettivo tutelato determina una struttura necessariamente bifasica del giudizio (se il singolo consumatore desidera avvalersi del risultato positivo dell'azione collettiva dovrà avviare un nuovo giudizio, se la controparte professionale non sarà adempiente, allo scopo di ottenere la liquidazione del danno subito). Tale circostanza andrebbe considerata favorevolmente per il fatto di evitare che siano gli avvocati, specialmente ora che è stato rimosso il divieto del patto di quota lite, a indurre (come succede nell'esperienza nord-americana) i potenziali clienti verso azioni dalla fondatezza discutibile, allo scopo di ottenere una transazione dal convenuto e di riservarsi una percentuale sulle somme recuperate. Quando la legittimazione ad agire sia riservata alle associazioni, prive di scopo di lucro (e mai beneficiarie in alcun modo dell'ammontare eventualmente ricavabile dalle future liquidazioni a favore dei singoli), il risarcimento riconosciuto dalla sentenza non potrà mai costituire un indice di risultato per la liquidazione degli onorari.

Tale posizione non è, tuttavia, del tutto condivisibile: a ben vedere, anzi, una delle «*principali carenze della nuova normativa*» consisterebbe proprio nell'assenza di incentivi all'esercizio dell'azione correlati alla fondatezza della domanda. Benché la generale operatività del principio del *victus victori* assicuri comunque a essa una certa rilevanza (e debba apprezzarsi che si sia evitato di prevedere esoneri dalla responsabilità per la soccombenza), la mancata introduzione di un meccanismo specifico per l'azione collettiva costituisce una scelta da ritenere «*molto imprudente*» perché può dar luogo ad alcune inefficienze allocative (Giussani, 2008).

In una prospettiva più complessiva, infatti, sembra proprio che il legislatore non abbia risolto il nodo gordiano dell'antieconomicità dell'iniziativa del singolo, ma si sia limitato a trasferire il problema dal piano individuale a quello collettivo: l'asimmetria che, ieri, condannava alla rinuncia il singolo cittadino, oggi rischia di tarpare le ali all'iniziativa dell'organizzazione di consumatori che, in assenza di ideonei incentivi (quali avrebbero potuto essere il beneficio, in caso di vittoria, di ottenere come controparte una condanna a onorari maggiorati in proporzione alla difficoltà del caso o al numero degli aderenti), si troverà al cospetto della drastica alternativa tra affrontare costi sproporzionati rispetto alle sue possibilità o rinunciare ad agire, sopportando il rischio di una perdita di immagine agli occhi dei cittadini.

La scelta di non restringere, però, la legittimazione alle sole associazioni consumeristiche va accolta con favore, anche per consentire la migliore tutela degli interessi diffusi e la più efficace prevenzione degli illeciti plurioffensivi. L'allargamento della platea dei legittimati, oltre a tradursi in un segno di civiltà, dovrebbe, infatti, ridimensionare il rischio di campagne di legittimazione in capo alle associazioni di consumatori iscritte nell'elenco istituito presso il Ministero

per lo Sviluppo Economico e rappresentate nel CNCU (certo ben più consistente se si fosse ristretto il novero dei depositari del potere di agire a tutela collettiva).

Resta da chiedersi come si possa inquadrare l'iniziativa dell'associazione di consumatori: la questione è ampiamente dibattuta dalla dottrina, sostanzialmente divisa sulle opposte sponde di chi ritiene che l'ente collettivo sia titolare di un diritto proprio, speciale e nuovo (Costantino, 2008), e quanti ritengono che l'associazione (o il comitato) sia portatore dei diritti soggettivi individuali facenti capo ai singoli aderenti (Vigoriti, 2006) e che, quindi, agisca come sostituto processuale (o per rappresentanza, gestione di affari ecc.). Questa seconda ipotesi sarebbe confermata dal meccanismo dell'adesione, che dimostrerebbe che l'ente collettivo agisce facendo valere un diritto altrui su incarico dell'interessato (perché richiedere l'adesione del singolo se non per la rilevanza del diritto sostanziale dell'individuo?), oltre che dall'elemento letterale («*accertamento delle somme spettanti...*») e dagli effetti interruttivi della prescrizione.

La questione si riverbera rapidamente sull'oggetto del giudizio (e, quindi, sulla dinamica processuale), che andrà individuato, in un caso, nell'astratta questione di diritto, nell'altro, nei singoli diritti individuali. Vale la pena di precisare che l'alternativa non è di poco conto anche per il pratico del diritto che, se ambisce a un giudizio collettivo sollecito, non potrà che preferire la prima tra le alternative proposte: per usare un'espressione molto concreta, nel giudizio collettivo non si dovrebbe parlare di soldi!

Su questa interpretazione (che agevolerebbe la gestione della prima fase del processo) sembrano convergere alcuni elementi oggettivi: si osservi, infatti, che ai sensi dell'art. 140 *bis*, non solo è del tutto irrilevante il numero dei partecipanti all'azione, ma anche l'ampio termine per le adesioni (sino alla precisazione delle conclusioni in appello) induce a ritenere che il Giudice non debba valutare le singole posizioni nel concreto.

Aderendo alla teoria che vede come oggetto del giudizio la questione di diritto (e non i singoli diritti individuali) non è poi detto che si debba necessariamente accettare che l'esperimento di un'azione a opera di un'associazione di consumatori comporti effetti consumativi (Giussani, 2008), impedendo così l'iniziativa di altri enti esponenziali.

Tornando al tema dei soggetti legittimati ad agire, occorre osservare che, secondo il tenore dell'art. 140 *bis* del Codice del Consumo, la funzione è rivolta «*a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti*». È, allora, necessario fare un passo indietro e chiedersi chi siano i consumatori e gli utenti i cui interessi possono essere tutelati in via collettiva. Non è, infatti, immediatamente individuabile la definizione di "consumatore e utente" alla quale fare riferimento: trovandosi all'interno del Codice del Consumo, sembrerebbe logico avanzare l'ipotesi che debba regnare sovrana la definizione di carattere generale contenuta nella prima parte del Codice e precisamente nell'art. 3, lett. *a*. Ma non può essere trascurato che, all'interno dello stesso Codice, convivono altri momenti definitivi, che si rinvergono nell'art. 5, in materia di «*informazioni ai consumatori*», nell'art. 69, lett. *b* (l'acquirente di multiproprietà) e nell'art. 83, lett. *c* (il consumatore di pacchetti turistici).

Ad attirare di più l'attenzione è la nozione di consumatore contenuta nel nuovo⁶ art. 18, lett. *a*, Codice del Consumo (nell'ambito delle pratiche commerciali scorrette). Questa è, infatti, di particolare rilievo perché proprio a dette pratiche fa riferimento (come si vedrà nel paragrafo seguente) il 1° comma dell'art. 140 *bis* come possibile *causa petendi* della domanda risarcitoria collettiva. A ciò si aggiunga - ed è l'aspetto che in una prospettiva sistematica più sta a cuore - l'evidente peculiarità del riferimento a un consumatore "medio", emergente da quanto previsto negli articoli 20, 2° comma, e 21, 1° comma (Dona, 2008).

Accennando, infine, alla legittimazione passiva, va rimarcato che l'azione sembra esperibile solo verso l'impresa commerciale: in assenza di una specifica prescrizione in tal senso, tale limitazione sembra desumibile dall'individuazione del foro competente (art. 140 *bis*, 1° comma: «*il Tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa*») e dalle dinamiche della fase esecutiva (4° comma: «*nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa propone il pagamento di una somma*»).

L'ambito di applicazione

Secondo l'art. 140 *bis* Codice del Consumo, gli enti collettivi sono legittimati a richiedere «*l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 del Codice Civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti*».

L'ambito di applicazione è, quindi, ispirato da alcuni criteri selettivi, tra i quali vanno rilevati principalmente la *causa petendi* e la plurioffensività della lesione.

Quanto al primo, si ricordi che l'ambito dei confini della lesione collettiva è stato uno dei profili più ampiamente controversi in sede di lavori preparatori, come è facile desumere dalla varietà di soluzioni proposte. Il definitivo testo dell'art. 140 *bis*, 1° comma, Codice del Consumo, prevede che il Tribunale sia chiamato ad accertare il risarcimento o la restituzione spettante ai singoli, qualora siano lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti, in quattro situazioni:

- nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 del Codice Civile;
- in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali;
- in conseguenza di pratiche commerciali scorrette;
- in conseguenza di comportamenti anticoncorrenziali.

⁶ Introdotta a opera del D.Lgs. 2 agosto 2007, n. 146 (attuazione della Direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali sleali).

Il testo approvato nella Legge Finanziaria 2008 può essere valutato tra luci e ombre: da un lato, è senza dubbio apprezzabile l'aver tenuto conto anche dell'illecito extracontrattuale, dei comportamenti anticoncorrenziali e del recente recepimento all'interno del Codice di settore della Direttiva in materia di «*pratiche commerciali scorrette*».

Dall'altro lato, però, lascia perplessi la determinazione di restringere l'ambito dei rapporti negoziali ai soli contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 del Codice Civile e cioè «*mediante la sottoscrizione di moduli e formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali*». È evidente la consistente limitazione rispetto alle situazioni contrattuali potenzialmente lesive di un'indeterminata serie di interessi di consumo: è impossibile non vedere, infatti, che - considerata l'enorme diffusione dei contratti verbali - lesioni plurime degli interessi dei consumatori possano altresì derivare da contratti negoziati ai sensi dell'art. 1341 Codice Civile, fattispecie che, invece, allo stato attuale non sarebbero azionabili in via collettiva.

Ulteriori spunti critici

Ho descritto fin qui per sommi capi alcune delle più significative inefficienze dell'art. 140 *bis* del Codice del Consumo, ma ho ancora davanti a me le due questioni cruciali: come si partecipa all'azione collettiva e quanto tempo occorre per venirne a capo. Sono due temi strategici e vale la pena di illustrarne, sinteticamente, il peso.

Facilitare la partecipazione dei cittadini all'azione è, se vogliamo, la principale giustificazione dell'utilità di un simile strumentario: non richiedendo a ogni cittadino di attivarsi in proprio, si riducono le conseguenze negative connesse alla generale ritrosia dei consumatori verso la tutela dei diritti. D'altro lato, quanto più il procedimento sarà breve, tanto più invoglierà i cittadini a prendervi parte. Più cresceranno questi fattori, maggiore sarà la forza deterrente contenuta nella minaccia di un'azione collettiva.

Quanto all'adesione, la legge italiana impone una preventiva manifestazione di volontà a opera dei soggetti interessati: per quanto informale, si tratta comunque di una comunicazione che dovrà avere forma scritta e data certa. Si tratta, quindi, di un'azione "di gruppo" e non "di classe" (ecco svelata un'altra significativa ingannevolezza) non idonea a scavalcare l'ostacolo dato dalla scarsa inclinazione dei cittadini a rivolgersi al giudice, cui fa seguito una certa loro passività rispetto alle prepotenze del mondo imprenditoriale.

Ma quanto durerà il processo? Molti anni, se consideriamo i tre gradi di giudizio e le due fasi necessarie a concluderlo tra un processo per ottenere la condanna generica dell'impresa e l'altro per quantificare il risarcimento spettante a ogni consumatore.

Sulla durata del giudizio pesano, ancora una volta, alcune scelte sbagliate del legislatore, a cominciare dalla previsione del c.d. “filtro giudiziale” sull’ammissibilità dell’azione, inutile precauzione (Consolo, 2008) ed esageratamente macchinoso. Ma è stata fortemente criticata anche la scelta di escludere ogni competenza del Giudice di Pace, così come quella di imporre la riserva di collegialità tramite la modifica dell’art. 50-*bis*, cpc (Giussani, 2008).

Maggiori lungaggini si incontrano, però, quando (e se) il Giudice deciderà finalmente di accogliere la domanda dei consumatori: questi saranno costretti ad avviare un nuovo processo per vedere materializzato, in capo a ciascuno, il risarcimento del danno. Tale secondo processo potrebbe essere evitato se l’azienda intendesse collaborare con i danneggiati. La legge prevede, infatti, che nei 60 giorni successivi, il convenuto soccombente possa proporre il pagamento di una somma, ma è facile immaginare che, a meno di situazioni numericamente contenute, tale offerta non verrà proposta o verrà proposta in misura incongrua. In questo caso, il risarcimento spettante a ciascuno è rimesso a una farraginoso procedura di conciliazione (così la chiama il legislatore, inventando un percorso conciliativo a valle di una sentenza di condanna!). Viene da chiedersi che senso abbia una conciliazione *post-causam*, avendo l’azienda già incamerato una pronuncia sfavorevole per una pratica scorretta.

Conclusioni

Le brevi considerazioni fin qui svolte mi inducono a riflettere su quel che potrà accadere se l’azione collettiva non dovesse funzionare: una nuova sfiducia dei cittadini negli strumenti di tutela, un raffreddamento della magistratura togata, che già in passato ha faticato molto per aprire la strada alle istanze di tutela dei consumatori. L’azione collettiva si ridurrà a una sterile “*media action*”, cioè a strumento di pubblicità per alcuni, forse anche per qualche associazione dei consumatori che vive abitualmente dell’effetto-annuncio.

Certo uno scenario non paragonabile a quella nuova era che, secondo alcuni superficiali giudizi, sarebbe stata inaugurata grazie al provvedimento inserito nell’ultima legge finanziaria.

E come se ciò non bastasse avanzo un’ulteriore preoccupazione, questa volta di natura politica, intravedendo il grave rischio che sono chiamate a correre le rappresentanze dei consumatori, anche in termini di immagine, se non sapranno mettere a frutto uno strumento così poco funzionale. Temo fortemente che l’opinione pubblica potrà, un domani, imputare (o essere indotta a imputare) loro di aver ottenuto l’approvazione di una legge imperfetta e di averne fatto un uso insoddisfacente.

Tornando alla metafora dei taxi e degli autobus, è un po’ come se quegli immaginari utenti del servizio di trasporto pubblico, verificata l’inefficienza dei mezzi collettivi, rivolgessero la loro protesta, invece che contro l’inetto am-

ministratore (il legislatore incapace di risolvere le croniche disfunzioni del sistema giustizia), nei confronti del soggetto incaricato del trasporto pubblico (le associazioni di consumatori).

Se è vero che il diritto dei consumatori è da sempre afflitto dal dilemma tra l'ottenere nell'immediato qualcosa di imperfetto piuttosto che attendere, magari troppo a lungo, una nuova occasione, in questo caso temo che la valutazione non possa trascurare i potenziali rischi del descritto effetto-*boomerang*.

Tuttavia, il legislatore, qualsiasi opinione se ne abbia, va preso sul serio. Per questo, nonostante la speranza di un rapido intervento di perfezionamento, dovremo cimentarci con le azioni collettive risarcitorie ai sensi dell'art. 140 *bis* del Codice del Consumo. Faremo il possibile per far funzionare il neonato strumento, tenendo ben chiaro in mente che *«di fronte ai nuovi sistemi di produzione e distribuzione tipici del moderno capitalismo, l'azione di classe sarebbe uno degli strumenti per indurre le imprese produttrici a internalizzare i costi relativi al rischio di incidenti, così prevenendoli e riducendone l'impatto sulla collettività»* (Giuggioli, 2006).

Lo stesso Ralph Nader, del resto, in un convegno organizzato dall'Unione Nazionale Consumatori in occasione della consegna dei premi "Vincenzo Dona", ci ha esortato a partire con il piede giusto. Lui che meglio di chiunque altro conosce, anche per averne vissuto la fase regressiva, le potenzialità dell'azione collettiva, ha spiegato che dovremo individuare, se sarà possibile, un bersaglio agevole per cercare di impattare positivamente con le nuove norme (meglio, allora, attivare richieste restitutorie rispetto a quelle risarcitorie).

Di improbabile c'è che tutto resti come prima: l'art. 140 *bis* ha una valenza culturale che non potrà essere sottovalutata. La *class action* insegna che il singolo può mettere da parte se stesso per diventare un gruppo ed è un insegnamento che spero riusciremo a far nostro come associazioni dei consumatori, inaugurando azioni collettive patrocinata "a più mani", cioè da gruppi di associazioni. Unire le forze potrebbe essere una strategia vincente proprio alla luce delle difficoltà (anche di natura gestionale) che ho appena enunciato.

Fra le cose buone che speriamo scaturiscano dalla legge recentemente approvata indico la speranza di un effetto deterrente nei confronti dei grandi gruppi aziendali che, avendo a cuore la propria immagine, ci eviteranno forse le estenuanti lungaggini di un processo, improntando il loro operato a una maggiore lealtà verso i cittadini.

Riferimenti bibliografici

- Alpa, G., "La legge sui diritti dei consumatori", in *Corr. Giur.*, 1998.
- Chiarloni Sergio, "Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori", in *Riv. Proc.*, 2007.
- Consolo, C., "È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello "opt in" anziché quella danese dello "opt out" e il filtro (l'inutile precauzione)", *Corr. Giur.*, 2008.
- Costantino, G., "La tutela collettiva risarcitoria. Note a prima lettura dell'articolo 140 bis del Codice del Consumo", in *Foro It.* 1/08.
- Dona, M., "Polizze in nome del contraente forte", in *Dir. Giust.*, 22 marzo 2003, n. 11.
- Dona, M., *Pubblicità, pratiche commerciali e contratti nel Codice del Consumo*, Torino, 2008.
- Giuggioli, P., *Class action e azione di gruppo*, Padova, 2006.
- Giussani, A., *Il consumatore come parte debole nel processo civile italiano: esigenze di tutela e prospettive di riforma*, in *Consumatori e processo*, Torino, 2005.
- Giussani, A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008.
- Giussani, A., *Studi sulle class actions*, Padova 1996, 17.
- Vigoriti, V., "Impossibile la class action in Italia?", in *Resp. Civ.*, 2006.
- Yeazell, C., *From medical group litigation to the modern class action*, New Haven, Yale University press, 1987.