

Le problematiche processuali dell'azione collettiva

Giulio Cataldi

Un lungo dibattito parlamentare che ha attraversato due legislature, interessando a più riprese anche la dottrina, è stato alla fine bruscamente interrotto dalla Legge Finanziaria 2008, che ha introdotto quella che è stata definita la *class action* all'italiana. Le riflessioni che seguono si propongono di esaminare, con spirito costruttivo, alcuni degli aspetti processuali più controversi del nuovo testo normativo.

Il dibattito parlamentare e la Legge Finanziaria 2008

L'avvio della XV Legislatura (riprendendo quanto in parte già avvenuto nella XIV) è stato segnato da un fiorire di iniziative legislative in tema di azioni collettive e/o di classe, riconducibili a due schemi fondamentali: da un lato, le proposte di ampliamento delle azioni inibitorie collettive già previste dall'art. 140 del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206;¹ dall'altro, quelle miranti a introdurre una vera e propria azione di classe, sganciata dal riferimento alla legittimazione esclusiva delle associazioni rappresentative di consumatori e utenti.² Come venne immediatamente notato dalla dottrina più attenta (Chiarloni, 2006), una singolare inversione terminologica portava i proponenti del primo gruppo di iniziative a evocare esplicitamente, nelle relazioni illustrative o addirittura negli articolati proposti, la *class action* nord-americana; mentre i firmatari del secondo gruppo di proposte, che pure a quella esperienza direttamente si ispiravano, "occultavano" la reale natura delle proposte sotto la definizione di azioni collettive.

Alla fine, il dibattito parlamentare³ è stato, di fatto, stoppato da esigenze politiche, che hanno indotto il Governo a inserire nella Legge Finanziaria per il 2008 (L. 24 dicembre 2007, n. 244, in GU n. 300 del 28 dicembre 2007), all'art. 2, i commi da 445 a 449, che «istituiscono e disciplinano l'azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori».

¹ In questo filone, il Disegno di Legge governativo dei Ministri Bersani, Mastella e Padoa Schioppa n. 1495 del 27 luglio 2006; la proposta Buemi-Villetti e altri n. 1662 del 19 settembre 2006; la proposta Maran e altri n. 1289 del 5 luglio 2006; il Disegno di Legge Benvenuto n. 679, presentato al Senato il 26 giugno 2006.

² In questo secondo gruppo, la proposta Poretti e Capez-

zone, n. 1443 del 21 luglio 2006, e la proposta Pedica, n. 1834 del 17 ottobre 2006.

³ E quello dottrinario; per un'ampia panoramica al riguardo, Le azioni collettive in Italia, Profili teorici e aspetti applicativi, Atti del convegno tenutosi a Roma, 16 febbraio 2007, Camera dei Deputati.

È persino superfluo evidenziare come la fretta determinata dall'esigenza di "portare a casa" il risultato politico abbia prevalso su ragioni che avrebbero, al contrario, dovuto indurre a una maggiore ponderazione, a una più attenta valutazione della *sedes materiae* in cui inserire l'intervento riformatore e a una migliore puntualizzazione tecnica di alcuni aspetti, anche non trascurabili, della modifica.

E, tuttavia, la *class action* (se proprio si vuole continuare a definirla secondo l'archetipo statunitense, dal quale pure, come si vedrà tra poco, l'azione collettiva italiana si discosta sensibilmente; ma, evidentemente, meno evocativo nell'immaginario collettivo sarebbe un riferimento alla *Verbandsklage* tedesca) è ora legge dello Stato: allora, non pare produttivo quell'atteggiamento culturale e scientifico, immediatamente palesatosi, tutto proteso a evidenziare le disarmonie, le incongruenze, gli errori tecnici del dettato normativo e a rimproverare ideologicamente al legislatore l'adozione di uno schema in luogo di un altro; più utile pare, invece, pur senza tacere gli aspetti problematici della novella, provare a ricostruire, senza pretese di esaustività, nel tempo che ci separa dall'effettiva entrata in vigore della legge dopo la *vacatio legis* prevista in centottanta giorni,⁴ il modello di funzionamento del nuovo strumento, sottolineando ove possibile anche le potenzialità positive che potrà offrire nella situazione di crisi della giustizia italiana.

I profili processuali. Il rito o i riti collettivi?

Le riflessioni che seguono attengono tutte all'esame di alcune delle questioni processuali più rilevanti sollevate dal nuovo processo collettivo.

Un primo dubbio riguarda proprio l'avvenuta introduzione di un rito *ad hoc*: ci si può chiedere se la L. 244/2007 abbia dato vita a un nuovo rito, in grado di disciplinare, dunque, l'intera azione collettiva dall'inizio sino alla pronuncia della sentenza, ovvero se il nuovo art. 140 *bis* del Codice del Consumo (CdC), introdotto dalla Finanziaria, pur inserendo alcune norme peculiari per questo tipo di azione, vadano comunque collegate con il processo o con i processi ordinari.

La dottrina, a seguito della presentazione dei vari disegni di legge all'inizio della XV Legislatura, aveva raccomandato di evitare la creazione dell'ennesimo rito, in aggiunta ai tanti che disciplinano i vari processi civili italiani; in particolare, aveva sottolineato l'utilità di armonizzare l'azione collettiva con le norme del Codice di rito (Cataldi, 2007), evitando in ogni modo l'adozione per le cause collettive del c.d. rito societario,⁵ giudicato inidoneo, in genere, alla gestione di processi con pluralità di parti e del tutto inadatto, conseguentemen-

⁴ Art. 2, comma 447, Legge Finanziaria: le disposizioni di cui ai commi da 445 a 449 diventano efficaci decorsi centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge.

⁵ L'applicazione del rito societario alle azioni collettive

era espressamente prevista nel testo dei Disegni di Legge Poretti e Capezzone e in quello Pedica, e richiamata anche nella relazione di accompagnamento del disegno di legge governativo.

te, a reggere un processo finalizzato a recepire, prevedibilmente, molteplicità di adesioni e/o interventi.

La novella al CdC nulla dice di espresso al riguardo, tanto da far sorgere in alcuni il dubbio che l'intera azione collettiva - salvo inevitabili riferimenti a principi generali codicistici - debba trovare la propria regolamentazione nei pochi commi del nuovo art. 140 *bis*.

Tale soluzione pare, tuttavia, da escludere: troppo scarni, infatti, risultano i tratti del nuovo processo collettivo, limitati sostanzialmente alla disciplina di un peculiare provvedimento sull'ammissibilità dell'azione, da rendere alla prima udienza, per poter ricostruire un vero e proprio rito collettivo autonomo, di cui non sarebbe dato sapere se debba essere introdotto con citazione o con ricorso, e del quale le modalità di svolgimento dell'intera attività istruttoria sarebbero rimesse al contenuto (tutto indeterminato) dei provvedimenti resi dal giudice all'esito dell'ammissione dell'azione.

Appare, allora, giocoforza ritenere che le poche norme procedurali dettate per le azioni collettive vadano inserite nella (e coordinate con la) struttura processuale di riferimento, che sarà o quella codicistica, ovvero quella prevista dal D.Lgs. 5 del 2003 (il c.d. rito societario), a seconda della qualificazione del rapporto da cui siano scaturite le lesioni per i consumatori o utenti:⁶ così, per esempio, in presenza di illeciti extracontrattuali diffusivi (per esempio, danni da prodotti difettosi) sarà applicabile il rito ordinario, ma sarà al contrario da applicare il rito societario alle controversie su rapporti disciplinati dal TU delle leggi in materia bancaria e creditizia (D.Lgs. n. 385/1993), o alle azioni collettive di responsabilità nei confronti degli amministratori ex art. 2395 c.c. per danni a terzi, ovvero ex art. 2394 per danni ai creditori sociali; alle azioni collettive nei confronti del revisore contabile per danni causati in occasione dell'esecuzione dell'incarico conferito da una società; e persino alle azioni originate dal trasferimento di partecipazioni sociali ex art. 1, c. 1° lett. b) del D.Lgs. n. 5/2003, se il relativo contratto è stato stipulato nelle forme dell'art. 1342 c.c.

La precisazione non pare di poco conto: la laconicità di alcune delle nuove previsioni, e il mancato coordinamento con un ben individuato impianto normativo di riferimento, rende necessario da un lato differenziare sempre la ricostruzione sistematica a seconda della materia sostanziale trattata e, quindi, del rito applicabile, dall'altro lato verificare scrupolosamente le modalità con cui alcuni istituti (si pensi all'intervento dei singoli consumatori o utenti, di cui al comma 2, o alla prima udienza per l'adozione del provvedimento di ammissibilità di cui al comma 3) potranno concretamente operare, specie nel rito societario.

⁶ Senza essere in grado di escludere allo stato con certezza che alcuni dei diritti risarcitori o restitutori in favore dei consumatori o degli utenti debbano, in considera-

zione delle concrete materie chiamate in causa, trovare attuazione secondo altri riti processuali.

La legittimazione attiva nella azione collettiva introdotta dall'art. 140 bis del Codice del Consumo

I disegni di legge presentati all'inizio della legislatura si differenziavano, come visto, in due gruppi nettamente distinti, a seconda che privilegiassero una legittimazione diffusa in capo a chiunque, portatore di un interesse quale consumatore o utente, ritenesse di poter rappresentare anche interessi omogenei (in uno schema a forte ispirazione nord-americana), oppure accordassero la legittimazione alle sole associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale, presenti nell'art. 139 CdC (cioè quelle inserite nell'elenco di cui all'art. 137 dello stesso Codice).

La soluzione finale adottata pare rappresentare un saggio adattamento degli interessi in gioco: da un lato, il legislatore non ha esteso indiscriminatamente la legittimazione, con tutti i problemi che ne sarebbero potuti derivare in termini di riconoscimento della rappresentanza della classe, e ciò probabilmente anche in ragione del "luogo" normativo dell'intervento, che mal avrebbe tollerato, dopo la previsione nell'art. 140 CdC della legittimazione nelle azioni inibitorie alle sole associazioni dei consumatori e degli utenti riconosciute, uno "strappo" così brusco; dall'altro lato, però, ha mostrato di tenere in considerazione le critiche che da più parti erano state mosse a quella che era apparsa un'eccessiva "sindacalizzazione" del rapporto,⁷ riconoscendo la legittimazione ad agire anche ad associazioni e comitati che siano adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere. Si tratta di uno degli aspetti più rilevanti della novella: pur prive di rappresentatività nazionale (art. 137 CdC), le associazioni e i comitati, in quanto adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi, possono costituire l'anello di raccordo tra la rappresentanza spontanea e la rappresentanza istituzionalizzata, garantendo al tempo stesso duttilità e genuinità delle forme di aggregazione e rigore nella selezione degli interessi attraverso il vaglio di ammissibilità rimesso al giudice. Resta da chiedersi, ora, se possa ritenersi ancora tollerabile (e costituzionalmente legittima) un'esclusione di associazioni non riconosciute e comitati dalle azioni inibitorie e dalle azioni di urgenza richiamate dallo stesso art. 140, co. 8, CdC.

Gli interessi tutelati

I soggetti legittimati agiscono per la tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti. L'esplicitazione di questa finalità dell'azione è prevista in termini identici anche dall'art. 140 CdC per le azioni inibitorie. In realtà, a prescindere dall'identità formale delle espressioni, nelle azioni inibitorie l'enunciazione dello scopo dell'agire delle associazioni dei consumatori e degli uten-

⁷ Scelta frutto di sindacalizzazione, con riferimento alla rappresentanza delle associazioni dei consumatori, parla A. M. Musy, 2001.

ti sembra essere sostanzialmente pleonastico, dal momento che la valutazione sulla natura degli interessi tutelati dalle associazioni è stata compiuta *ex ante* dal Ministero delle Attività Produttive (ora Ministero dello Sviluppo Economico) al momento dell'inserimento nell'apposito elenco. Diversa, invece, risulta la finalizzazione della tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti delle azioni risarcitorie e/o restitutorie di cui all'art. 140 *bis* CdC: queste, infatti, come meglio si vedrà oltre, sono sottoposte a un vaglio di ammissibilità in funzione della verifica, tra l'altro, proprio dell'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela. Potrebbe, dunque, accadere che un'azione proposta da un'associazione, rappresentativa o meno, o da un comitato, pur finalizzata a conseguire il risarcimento o la restituzione di somme in favore di singoli consumatori o utenti e in presenza di una pluralità di lesioni di diritti omogenei, venga ritenuta inammissibile in assenza di un interesse collettivo (che non coincide evidentemente con una pluralità di interessi individuali) suscettibile di adeguata tutela. Intesa in tal senso, dunque, l'indicazione dello scopo dell'azione collettiva non è meramente esornativa, ma costituisce un requisito dell'ammissibilità stessa dell'azione.

L'adesione e l'intervento: problemi

Il meccanismo attraverso il quale l'azione collettiva può, in concreto, risultare idonea a produrre l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti è individuato, nel comma 2 dell'art. 140 *bis*, nell'adesione o nell'intervento.

Escluso un meccanismo c.d. di *opt out*, che sarebbe stato coerente rispetto a un'azione di classe in senso stretto, ma non con l'azione collettiva in concreto adottata, il legislatore ha preferito il sistema opposto, c.d. di *opt in*, in virtù del quale coloro che intendono avvalersi dell'azione collettiva possono comunicare per iscritto al proponente la propria adesione, sino all'udienza di precisazione delle conclusioni in appello. E, poi, sempre ammesso l'intervento di singoli consumatori o utenti per proporre domande con il medesimo oggetto.

Innanzitutto, va chiarito che al momento della proposizione della domanda da parte dell'associazione o del comitato potrebbero anche non esservi ancora adesioni individuali: queste, come visto, possono sopraggiungere nel corso del giudizio, addirittura entro il secondo grado del processo.

Mentre con l'adesione, poi, il singolo consumatore o utente "sposa" l'azione instaurata dall'ente collettivo, con l'intervento introduce la propria personale azione risarcitoria accanto al processo collettivo; ciò vuol dire, tra l'altro, che a differenza dell'interventore, l'aderente non avrà un proprio difensore: sarà il difensore dell'associazione o del comitato a dover documentare, sino all'udienza di precisazione delle conclusioni in grado di appello, le varie adesioni scritte ricevute (e sono in-

tuibili i possibili incidenti che potranno derivare a seguito di eventuali contestazioni sulla effettività delle adesioni e sulle sue modalità).

C'è da chiedersi, però, se quei termini apparentemente molto ampi per l'adesione (sino alle conclusioni in appello) e per l'intervento ("sempre") siano effettivamente tali, e se e come si concilino con i vari riti applicabili.

Cominciando dal caso dell'intervento, l'uso dell'avverbio "sempre" non deve trarre in inganno, dal momento che nel rito societario l'intervento è ammesso ai sensi dell'art. 14 D.Lgs. 5/2003 entro il termine per la notificazione della comparsa di risposta da parte del convenuto; nel rito ordinario, invece, occorre fare i conti con la non agevole conciliazione tra le regole apparentemente antitetiche poste dai due commi dell'art. 268 c.p.c. che, nel consentire in linea di principio l'intervento sino all'udienza di conclusioni, precludono al tempo stesso all'interventore il compimento di atti che non siano più consentiti ad alcuna altra parte: conciliazione tentata dalla Suprema Corte attraverso la distinzione tra le attività assertive del volontario interveniente (sempre ammesse sino alle conclusioni) e le attività istruttorie (soggette, invece, a preclusioni),⁸ che pur portando a ritenere ammissibili, in rito, interventi altrimenti tardivi, conduce a rigettarli nel merito in considerazione dell'impossibilità di prova all'esito del maturare delle preclusioni.⁹

Resterebbe, comunque, sempre salva la facoltà di un intervento adesivo dipendente ai sensi dell'art. 105, comma 2, c.p.c., per l'accertamento della responsabilità dell'impresa da utilizzare in un successivo giudizio individuale, benché ciò finisca per contrastare inesorabilmente con le finalità di concentrazione volute dalla riforma.

Ancor più problematica appare la questione dell'adesione.

La previsione di un'adesione sino al termine del giudizio di appello pare basata sull'idea che il giudizio promosso dall'associazione o dal comitato sia volto sempre e solo al mero accertamento del fatto lesivo compiuto dall'impresa, dal quale, poi, per i vari danneggiati derivino automaticamente effetti favorevoli in funzione delle posizioni individuali.

In realtà, non è detto che sia sempre così: le lesioni dei diritti isomorfi dei vari aderenti possono presentarsi identiche, ma possono anche essere connotate da aspetti personali ed esclusivi, che si riflettono non solo sull'entità del risarcimento (questione, questa, che esula dal giudizio collettivo e che riguarda la fase della liquidazione), ma anche sull'esistenza del nesso causale tra condotta ed eventi, sulla stessa responsabilità del convenuto e sull'illiceità della condotta con riferimento ai singoli danneggiati (questioni, queste, certamente ricomprese nel giudizio collettivo).

⁸ Cfr. in tal senso Cassazione Civile, sez. III, 14 febbraio 2006, n. 3186.

⁹ La soluzione, proprio in quanto idonea a produrre risultati in concreto iniqui, è parsa talora inappagante alla giurisprudenza di merito (cfr. Tribunale Napoli,

31.3.2001, *Strachan Rodinò contro Metropolitana di Napoli S.p.A.*), favorevole, a fronte di interventi tardivi, a una decisione solo in rito nel senso dell'inammissibilità che lasci salva la riproponibilità della domanda.

Dunque, pur volendo considerare il giudizio limitato, in linea di massima, all'*an* delle pretese dei singoli consumatori o utenti (su questo punto, cfr. sub 8), il *thema decidendum* e il *thema probandum* potranno nei casi specifici ampliarsi, per consentire, per esempio, in ambito contrattuale, all'impresa convenuta di dimostrare che non vi è stato inadempimento nei riguardi di questo o quel contraente (per esempio, in materia di intermediazione finanziaria, attraverso la dimostrazione delle modalità concrete di collocamento dei titoli ai singoli consumatori, e delle informazioni fornite nei singoli casi dall'intermediario), o per permetterle di allegare ritualmente (e provare) eventuali eccezioni di carattere personale relative al singolo danneggiato; o ancora, in ambito extracontrattuale, per rendere possibile al convenuto di contestare (e, dunque, fornire la prova contraria nei termini di preclusione previsti secondo il rito adottato) la sussistenza dei danni lamentati da questo o da quel danneggiato o del nesso di causalità tra gli stessi e la condotta illecita.

Una possibile soluzione è stata tracciata (Di Marzio, 2007), sia pure con riferimento ai progetti anteriori alla novella, attraverso la distinzione tra le conseguenze generalmente determinate dalla lesione (c.d. *general damages*) e le conseguenze specificamente legate al caso peculiare (c.d. *specific damages*). Seguendo una ripartizione adoperata dalla giurisprudenza a vari fini (si pensi al danno morale soggettivo da irragionevole durata del processo, ma anche ai danni alla reputazione da protesto illegittimo), si è suggerito di distinguere anche per i danni subiti dai singoli danneggiati nelle azioni collettive tra quelli *in re ipsa* (o meglio, quelli la cui prova è *in re ipsa*) e quelli che necessitano di una prova specifica caso per caso. Potrebbe, dunque, capitare che l'adesione possa avvenire sino al termine del processo (e del processo d'appello) solo laddove si tratti di danni del primo tipo; ma che ove si alleghino danni specifici (che non potranno formare oggetto dell'attività istruttoria da espletarsi nel giudizio collettivo, ma che implicheranno una valutazione peculiare nella fase liquidatoria, comunque essa avvenga), l'adesione alla domanda del proponente debba avvenire in tempo utile per consentire il pieno e consapevole dispiegarsi dell'attività assertiva e istruttoria della controparte in conformità con i regimi preclusivi propri dei vari riti applicabili.

L'udienza per l'ammissione e la pubblicità dei contenuti dell'azione

Ai sensi del terzo comma dell'art. 140 *bis*, alla prima udienza il Tribunale, che ai sensi del primo comma è quello del luogo in cui ha sede l'impresa, sentite le parti e assunte quando occorre sommarie informazioni, decide sull'ammissibilità della domanda, con ordinanza reclamabile davanti alla Corte d'Appello che pronuncia in Camera di Consiglio.

C'è da chiedersi quale sia l'organo chiamato a rendere la pronuncia sull'ammissibilità e quale il momento di tale pronuncia.

I primi commentatori, anche basandosi sul fatto che è stata apportata una modifica pure all'art. 50 *bis* c.p.c., per inserire, tra le altre ipotesi in cui il Tribunale giudica in composizione collegiale, quella del n. 7 *bis*, relativa proprio alle cause di cui all'art. 140 *bis* CdC, hanno ritenuto che l'ordinanza sull'ammissibilità debba essere resa collegialmente (Menchini, 2008).

In realtà, anche in questo caso la risposta sembrerebbe legata al rito in concreto applicabile. Nelle cause che seguono il rito ordinario, la prima udienza non può che essere quella di cui all'art. 183 c.p.c., da tenere dunque davanti all'istruttore, che sarà chiamato a pronunciare l'ordinanza sull'ammissibilità dell'azione; del resto, l'art. 50 *bis* attiene al momento della decisione della causa, e non anche al corso istruttorio della stessa, durante il quale non v'è dubbio che qualsiasi ordinanza debba essere emessa dal giudice istruttore (Amadei, 2008).

Né la competenza collegiale pare sia necessariamente desumibile dall'impugnabilità in Corte d'Appello della decisione sull'ammissibilità: certo, più lineare sarebbe stato ipotizzare un reclamo al Collegio (e, dunque, allo stesso Tribunale in composizione collegiale, come avviene in materia cautelare), ma da ciò non pare possa farsene discendere la competenza dell'organo chiamato a provvedere in prima istanza sull'ammissibilità.

Più complessa appare la soluzione nel caso in cui l'azione collettiva debba seguire il rito societario. E, infatti, una possibile ricostruzione porta a individuare la prima udienza in quella di discussione della causa ex art. 16, che rappresenta in effetti, in quel rito, il primo momento di contatto effettivo tra le parti e il giudice; in tal caso, l'udienza sull'ammissibilità sarebbe preceduta dal decreto di fissazione dell'udienza da parte del relatore, che ben potrebbe contenere anche indicazioni in merito all'ammissibilità dell'azione (perché, evidentemente, ove il relatore dovesse ritenere inammissibile la domanda ai sensi del terzo comma, il decreto di fissazione dell'udienza non ammetterebbe neanche le prove richieste). In questo caso, ovviamente, la decisione sull'ammissibilità spetterebbe al Collegio.

Tale soluzione, apparentemente confortata dalla previsione della contestuale emissione dei provvedimenti per la prosecuzione del giudizio che, nel rito societario, solo in quella fase sono in concreto adottabili, si scontra, tuttavia, con l'esigenza che la decisione sull'ammissibilità preceda la definitiva individuazione del *thema probandum*, che verrà determinandosi solo dopo che, previa l'idonea pubblicità di cui all'ultima parte del comma 3, ci siano state le varie adesioni o interventi. Per questo si è suggerito (Menchini, 2008) che, nelle cause trattate secondo il rito societario, la parte attrice sia gravata dall'onere, una volta notificata la citazione, di fare istanza per la fissazione di apposita udienza dedicata allo svolgimento del giudizio di ammissibilità: il che, peraltro, non risolve tutti i problemi, posto che il meccanismo della ipotizzata istanza, della fissazione dell'udienza, della sua tenuta e delle eventuali interferenze con il corso delle varie risposte, repliche e controrepliche previste dagli artt. 5 e segg.

D.Lgs. 5/2003 risulta privo di qualsiasi regolamentazione, in un rito, peraltro, tutto improntato a subdoli trabocchetti processuali.

L'udienza, poi, si chiuderà con l'adozione dei provvedimenti per la prosecuzione del giudizio, che consisteranno, nel rito ordinario, in quelli di cui all'art. 183 (e, dunque, presumibilmente nella fissazione dei termini istruttori), e nel rito societario nell'ordinanza collegiale sulle prove ove si ritenga che il provvedimento sia adottato all'udienza ex art. 16, o in un rinvio alle successive istanze delle parti ove si ritenga che sia, invece, adottato in un'udienza *ad hoc*.

In ogni caso, ove il giudice ritenga ammissibile l'azione collettiva, dovrà disporre che venga data idonea pubblicità dei contenuti dell'azione proposta. Si tratta di un potere da maneggiare con particolare cautela, dettando in modo quanto più analitico possibile, ma al tempo stesso rigorosamente tecnico, il contenuto della pubblicità, per evitare che la stessa si risolva in una sorta di anticipata condanna dell'impresa, per di più con amplificati contenuti di discredito commerciale. Non è, poi, prevista alcuna sanzione per il caso in cui il proponente (che, come detto, potrebbe aver introdotto l'azione pur in assenza di adesioni preventive) non ottemperi alle prescrizioni del giudice sulla pubblicità da dare all'azione proposta. Ma pare necessario enfatizzare - proprio in vista del conseguimento del maggior numero di adesioni quanto prima possibile, per evitare i problemi evidenziati sopra sub 6. - la vincolatività delle prescrizioni imposte. A tal fine, il giudice potrebbe subordinare, in una sorta di vera e propria condizione risolutiva, l'ammissibilità della domanda alla avvenuta dimostrazione dell'effettuazione della pubblicità più idonea, ritenendola quale strumento di garanzia per il conseguimento dell'adeguata tutela dell'interesse collettivo. In questo caso, all'udienza successiva, ove non venisse fornita prova dell'espletamento della pubblicità, il giudice dovrebbe coerentemente revocare la precedente ordinanza e dichiarare inammissibile l'azione.

C'è solo da aggiungere che la pubblicità, affinché possa essere effettiva e raggiungere, dunque, lo scopo di favorire le adesioni, dovrà potersi svolgere in un lasso di tempo adeguato. Ciò vuol dire che i provvedimenti per la prosecuzione del giudizio potrebbero decorrere non già dall'udienza e dall'ordinanza sull'ammissibilità, bensì dal momento ultimo entro il quale effettuare la pubblicità.

La sentenza e la liquidazione

Piuttosto complesso risulta il meccanismo relativo alla pronuncia della sentenza e alla liquidazione delle somme in favore dei danneggiati. In caso di accoglimento della domanda, infatti, il Tribunale dovrà determinare i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che abbiano aderito all'azione collettiva o che abbiano spiegato intervento in giudizio; se possibile allo stato degli atti, il giudice dovrà anche

determinare la somma minima da corrispondere a ogni consumatore o utente. Viene poi introdotta un'articolata procedura finalizzata, ove possibile, a una definizione in via amichevole delle controversie individuali per la liquidazione del danno e la restituzione delle somme, che passa attraverso una proposta dell'impresa e le eventuali accettazioni, oppure attraverso una vera e propria procedura di conciliazione. Nulla impedisce, ovviamente, che i singoli interessati, rifiutate le eventuali proposte, promuovano autonomi giudizi individuali finalizzati alla determinazione delle somme da ricevere a titolo di risarcimento del danno o di ripetizione dell'indebito.¹⁰

La previsione di una determinazione, ove possibile allo stato degli atti, della somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente, lascia intendere che, normalmente, il giudice non dovrà istruire la causa sul *quantum* delle singole pretese degli interventori o degli aderenti, ma solo sull'*an* di ciascuna di esse; e dovrà, dunque, limitarsi ad affermare o negare il diritto al risarcimento dei *general damages*, mentre la liquidazione degli *specific damages* potrà avvenire, eventualmente, solo nella fase conciliativa o in quella giudiziale individuale successiva.

La struttura bifasica del giudizio e la connessa previsione delle varie possibili modalità di liquidazione rappresentano il tentativo di ridurre il contenzioso a valle, concentrando per quanto possibile nell'azione collettiva, prima, e nelle procedure liquidatorie, poi, quanto avrebbe altrimenti richiesto tempi lunghissimi di definizione di una pluralità di cause individuali. Resta solo il dubbio che il meccanismo ipotizzato possa risultare, in concreto, macchinoso, a fronte di quelle più snelle procedure concorsuali di liquidazione affidate a una sorta di curatore giudiziale suggerite già da tempo dalla dottrina (Consolo, 1993; Costantino, 2004).

Il giudicato

Ai sensi del comma 5 dell'art. 140 *bis*, la sentenza che definisce il giudizio promosso ai sensi del comma 1 fa stato anche nei confronti dei consumatori e utenti che hanno aderito all'azione collettiva. Il giudicato, dunque, riguarda non soltanto l'interesse seriale fatto valere dall'associazione dei consumatori o utenti, ma anche le pretese individuali dei singoli dedotte in causa. Ovviamente, come lo stesso comma 5 aggiunge, è fatta salva l'azione individuale dei consumatori o utenti che non aderiscono all'azione collettiva o non intervengono nel giudizio promosso ai sensi del comma 1. Si tratta di un'espressione

¹⁰ Il Disegno di Legge governativo Bersani n. 1495/06 prevedeva espressamente un sistema bifasico, in cui dopo la sentenza sull'*an*, definita di condanna ma sulla cui natura di mero accertamento la dottrina aveva palesato pochi dubbi, si passava alla fase liquidatoria stragiudiziale o al giudizio sul *quantum*, con l'espresso

riconoscimento al singolo consumatore o utente della facoltà di agire giudizialmente in contraddittorio al fine di chiedere l'accertamento, in capo a se stesso, dei requisiti individuati dalla sentenza e la determinazione precisa dell'ammontare del risarcimento dei danni riconosciuti ai sensi della medesima sentenza.

probabilmente superflua, che però vale a rendere palese che in caso di rigetto della domanda, mentre il soggetto collettivo, i singoli aderenti o gli eventuali interventori non potranno riproporre la stessa domanda,¹¹ altri consumatori o utenti ben potranno agire in separati processi individuali, senza rischi di vedersi opporre il giudicato formatosi nella precedente sede.

Più delicati appaiono, però, i problemi relativi all'estensione *ultra partes* del giudicato favorevole al gruppo. In dottrina, pare abbastanza diffusa l'idea che l'estensione del giudicato favorevole possa avvenire in virtù della previsione dell'art. 1306 c.c.: un danneggiato, cioè, potrebbe invocare nei confronti del danneggiante la sentenza che abbia condannato quest'ultimo al risarcimento dei danni in favore di altri danneggiati, restandone ovviamente vincolato non soltanto relativamente all'affermazione di responsabilità, ma anche all'eventuale determinazione dei criteri di liquidazione delle somme.

Molto complesso è poi il rapporto tra più azioni collettive proposte da diverse associazioni o comitati.

Si potrebbe ipotizzare che, una volta consumata la possibilità di azione collettiva da parte di un'associazione, non ne siano proponibili altre, ferma restando la possibilità per i singoli di valersi del giudicato favorevole eventualmente formatosi.

Tale soluzione (che pare ispirata al modello nord-americano di *class action*, improntato sul meccanismo dell'*opt out* piuttosto che sul nostro sistema di *opt in*) non pare, però, compatibile col dato normativo. Basti considerare che nel testo definitivo è stato soppresso l'emendamento Bordon-Menzione approvato nel passaggio al Senato della Legge Finanziaria, secondo cui la definizione del giudizio rende improcedibile ogni altra azione ai sensi del presente articolo nei confronti dei medesimi soggetti e per le medesime fattispecie.

Nell'attuale testo, dunque, ove l'azione collettiva fosse respinta, nulla ne impedirebbe la riproposizione a opera di altro ente collettivo (salvo, ovviamente, il "peso" delle ragioni poste a fondamento del precedente rigetto); non parrebbe, invece, che in caso di esito favorevole un altro ente collettivo possa giovare del giudicato: posto che l'azione collettiva, pur finalizzata alla tutela degli interessi collettivi, in concreto è rivolta all'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori e utenti e che questi ultimi possono direttamente giovare dell'estensione del giudicato favorevole, la "seconda" associazione non avrebbe alcun interesse proprio (giuridicamente inteso) a far estendere a sé gli effetti del giudicato favorevole alla "prima" associazione. Qualora, invece, venissero instaurate contemporaneamente due azioni collettive, queste - che in linea di principio dovrebbero trovarsi davanti al medesimo giudice territorialmente competente individuato ai sensi del comma 1 - dovrebbero essere riunite, senza che il giudice possa dare prevalenza all'una azione sull'altra.

¹¹ In senso contrario Amadei (2008) secondo cui: «L'associazione non porta in giudizio alcunché di proprio, è libera di agire di nuovo anche in caso di rigetto della sua domanda; la stessa associazione, che ha perso

(o che ha vinto), può instaurare un nuovo processo, per gli stessi fatti ma per la tutela dei diritti di coloro che, nel primo, non hanno formulato adesione».

Conclusioni

Già negli anni '70, la dottrina più accorta evidenziava che «*all'espansione dell'area degli interessi collettivi - categoria cresciuta parallelamente al diffondersi della sensibilità per la tutela dell'ambiente, della salute, del paesaggio, per i problemi del consumo e dell'informazione, per la "qualità della vita" - deve corrispondere un arricchimento degli strumenti giuridici d'intervento*» (Rodotà, 1977).

Con la Legge Finanziaria 2008, gli strumenti processuali d'intervento si sono sicuramente arricchiti di modalità sinora inedite. Certo, la tecnica normativa lascia - come troppo spesso ormai accade - a desiderare. Ma se è vero che «*le norme processuali possono educare e possono diseducare*»,¹² c'è da sperare che il nuovo processo collettivo possa educare gli operatori all'utilizzo accorto delle nuove tecniche di tutela, da adoperare con cautela e senza eccessivi clamori, con la prudenza derivante dalle numerose difficoltà applicative ma, al tempo stesso, con la consapevolezza di poter offrire nuova effettività a diritti altrimenti troppo spesso negati.

Riferimenti bibliografici

- Chiarloni, S., "Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori alla luce della legislazione vigente e dei progetti all'esame del Parlamento", in www.Judicium.it, 2006.
- Cataldi, G., "Il ruolo del Giudice e le Tecniche di Tutela", in *Le azioni collettive in Italia*, Profili teorici e aspetti applicativi, atti del convegno tenutosi a Roma, 16 febbraio 2007, Camera dei Deputati.
- Musy, A. M., "La protezione dei Consumatori in Italia (Rilievi comparatistici sul nostro modello di tutela)", in *Questione Giustizia*, 2001, p. 236 e segg.
- Di Marzio, M., "La valutazione e la Prova dei Danni", in *Le azioni Collettive in Italia*, cit.
- Menchini, S., "La Nuova Azione Collettiva Risarcitoria e Restitutoria", in www.Judicium.it, 2008.
- Amadei, D., "L'Azione di Classe Italiana per la Tutela dei Diritti Individuali Omogenei", in www.Judicium.it, 2008.
- Consolo, C., "Class Actions fuori dagli USA?", in *Rivista di Diritto Civile*, 1993, p. 609 e segg.
- Costantino, G., "Note sulle tecniche di tutela collettiva (a proposito dei disegni di legge sulla tutela del risparmio e dei risparmiatori)", in *Riv. Dir. Proc.*, 2004, p. 1011.
- Rodotà, S., Presentazione del volume collettaneo *Il Controllo sociale delle attività private*, Bologna, 1977.

¹² La massima è di Pino Borrè.