

La nuova azione di classe

Giulio Cataldi

L'azione collettiva, la cui entrata in vigore è stata più volte differita, è stata ora sostituita dall'azione di classe, che entrerà in vigore all'inizio del prossimo anno. A parte qualche residua zona d'ombra, il sistema nel suo complesso pare più coerente e astrattamente in grado di assicurare maggiori tutele a consumatori e utenti.

L'incredibile storia dell'introduzione dell'azione di classe nel nostro ordinamento

Probabilmente, fuori dall'Italia sarebbe difficile spiegare la complicata vicenda dell'introduzione nel nostro ordinamento dell'azione di classe (già denominata azione collettiva risarcitoria a tutela dei consumatori).

Dopo lunghi dibattiti parlamentari improvvisamente e bruscamente accantonati, l'azione collettiva venne approvata per la prima volta con il comma 446 dell'art. 2 della L. 244 del 24 dicembre 2007 (Legge Finanziaria per il 2008), attraverso l'aggiunta dell'art. 140 *bis* al Codice del Consumo.

Ma gli studiosi di diritto italiani, e i processualciviliisti in particolare, sono ormai, purtroppo, abituati ad acrobazie normative; tanto che l'originario testo dell'art. 140 *bis* Codice del Consumo, che pure doveva segnare l'ingresso nel nostro ordinamento di un istituto atteso da anni, venne subito salutato come «un provvisorio punto di approdo» (Giussani, 2008).

E il punto di approdo è stato talmente provvisorio da non costituire, in realtà, mai uno stabile ancoraggio, e venire completamente (e definitivamente?) sostituito, dopo una serie di differimenti della sua entrata in vigore, da un nuovo testo dell'art. 140 *bis* Codice del Consumo, introdotto questa volta dall'art. 49 della Legge 99 del 23 luglio 2009, intitolata *Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia* (pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 176 del 31 luglio 2009).

Le pregresse vicende, però, oltre a interessare quanti vogliano indagare sul degrado della nostra tecnica normativa, vanno ancora tenute presenti per meglio intendere la volontà del legislatore in quelle parti del nuovo testo dell'art. 140 *bis* Codice del Consumo che maggiormente si discostano dal vecchio testo.

Ora, c'è solo da sperare che possa essere smentita quella dottrina (Costantino) che, riferendosi alla precedente storia dell'istituto, non senza autoironia osservava che «la tutela collettiva soddisfa gli interessi e la vanità di coloro che

se ne occupano perché costituisce un nuovo giocattolo e offre occasioni di visibilità e di turismo processuale».

Le novità più significative: dall'azione collettiva all'azione di classe

Numerose e significative appaiono le novità introdotte dalla L. 99/09 che, complessivamente, pur con qualche rilevante criticità, si connota per una maggiore coerenza complessiva dell'impianto.

La prima novità concerne il nome attribuito all'istituto, definito non più azione collettiva, ma di classe.

La differenza non pare soltanto terminologica. Già per il passato si era segnalata (Chiarloni, 2006) una certa ambiguità terminologica nei vari disegni di legge di iniziativa parlamentare, nei quali i proponenti tendevano a dissimulare le proprie reali intenzioni, qualificando come azioni di classe quelle che, in realtà, erano azioni soltanto collettive, e chiamando collettive quelle che, al contrario, più marcatamente cercavano di imitare l'esperienza Nord americana della *class action*: quasi che i primi volessero lucrare il vantaggio anche mediatico del riferimento all'archetipo statunitense, reso popolare da tanta letteratura e cinematografia, in progetti che da quell'esempio pure si discostavano sensibilmente; e che, al contrario, i secondi volessero tranquillizzare, con un appellativo più *soft*, quanti potessero temere l'introduzione di un'azione di classe vera e propria.

Ora il legislatore parla apertamente di azione di classe e - pur con palesi differenze rispetto alla *class action* Nord americana - il nuovo art. 140 *bis* Codice del Consumo si avvicina certamente di più a una vera e propria azione di classe rispetto al precedente testo.

Il concetto di classe

L'art. 140 *bis*, pur intitolato azione di classe e pur facendo riferimento a diritti tutelabili (anche) attraverso l'azione di classe, non dà una definizione di classe; il concetto è comunque agevolmente desumibile dallo stesso primo comma: se l'azione di classe è lo strumento attraverso il quale possono trovare tutela diritti individuali omogenei, la classe è l'insieme dei soggetti portatori di quei diritti. Dunque, l'azione di classe non è finalizzata a tutelare interessi di più soggetti verso un bene che ha (anche, oppure solo) una dimensione non suscettibile di appropriazione e godimento esclusivi, quali la concorrenza, la correttezza nelle pratiche commerciali, l'ambiente, la salute, la sicurezza delle condizioni di lavoro; essa è, invece, rivolta alla tutela di interessi individuali, che rinvergono il loro carattere collettivo nel fatto di ritrovarsi con analoga consistenza in capo a più soggetti (interessi individuali «omogenei» o «isomorfi»). L'azione di classe,

dunque, non mira a una reazione contro una condotta illecita che aggredisce il bene collettivo, bensì contro un'unica condotta illecita, ovvero più condotte illecite contestuali o parallele, che aggrediscono più beni individuali e, quindi, ledono diritti di cui sono titolari singoli individui.

La legittimazione ad agire

Segno palese di un consapevole passaggio da una mera azione collettiva a un'azione più marcatamente di classe si coglie nel riconoscimento della legittimazione ad agire in capo a ciascun componente della classe.

Quello della legittimazione ad agire era stato, nel passato, uno dei punti di maggior contrasto nei dibattiti parlamentari e dottrinari. Da un lato, i fautori dell'azione collettiva, anche in considerazione del fatto che la novella incideva sul Codice del Consumo, ritenevano che la legittimazione ad agire dovesse essere riconosciuta solo alle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale, le sole che l'art. 140 Codice del Consumo ammette alla proposizione delle azioni inibitorie; dall'altro, i sostenitori di un più marcato passaggio verso un'azione di classe propendevano verso una legittimazione diffusa.

Nel testo dell'art. 140 *bis* introdotto dalla Legge Finanziaria per il 2008, il contrasto aveva trovato un punto di equilibrio: accanto alle associazioni dotate di rappresentatività nazionale, inserite nell'apposito elenco previsto dall'art. 137 del Codice del Consumo, la legittimazione all'azione collettiva era stata riconosciuta anche ad associazioni e comitati che venissero volta per volta riconosciuti adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere. Il meccanismo si completava, poi, con la possibilità, oltre che della mera adesione, anche dell'intervento dei singoli consumatori o utenti (che, però, rappresentava uno dei passaggi di maggiore criticità dell'intera costruzione: Cataldi, 2008).

Oggi, come anticipato, l'art. 49 della Legge 99/09 attribuisce la legittimazione attiva a ciascun componente della classe, il quale può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni individualmente, ovvero mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa. Dunque, l'esperienza delle associazioni e/o dei comitati non viene abbandonata, in ragione, evidentemente, del peso e della capacità organizzativa che gli stessi possono essere in grado di esercitare, anche ai fini di un'adeguata pubblicità dell'azione verso gli altri potenziali componenti della classe (su cui si tornerà più avanti); ma si è voluto, al tempo stesso, sganciare il singolo dal vincolo di appartenenza a tali organismi, lasciandolo libero (e salva in ogni caso la valutazione di ammissibilità su cui si dirà oltre) di intraprendere azioni di classe anche individualmente, per superare quel rischio di eccessiva "sindacalizzazione" dell'azione che la dottrina aveva da tempo paventato (Musy, 2001): in altre parole, il timore era che la valutazione di opportunità sull'instaurazione di un'azione collettiva potesse, in alcuni casi, risolversi in

una valutazione opportunistica da parte delle associazioni dei consumatori, che nella degenerazione mediatica dei nostri tempi avrebbero potuto in taluni casi essere interessate più al clamore dell'iniziativa intrapresa che alla effettività delle tutele da conseguire.

Il sistema trova, poi, coerenza attraverso l'esplicito divieto (comma 10) di interventi autonomi dei singoli, essendo permesso, in un sistema di *opt in*, solo l'adesione all'azione di classe.

Il rito collettivo

Il vecchio testo dell'art. 140 *bis* non dettava - a parte la peculiare disciplina sull'ammissibilità dell'azione - norme di procedura idonee a delineare un rito autonomo; e ciò, se da un canto appariva apprezzabile a fronte dell'incredibile numero di riti civili attualmente vigenti, lasciava adito a non poche perplessità, dal momento che, a seconda della qualificazione del rapporto da cui fossero scaturite le lesioni dei diritti dei consumatori o utenti, la struttura processuale di riferimento per quell'azione collettiva poteva essere quella codicistica ordinaria, o quella prevista dal c.d. rito societario (D.Lgs. 5/2003). Oggi che il rito societario è stato definitivamente abrogato (per effetto della L. 69 del 18 giugno 2009), il nuovo testo dell'art. 140 *bis* introduce un autonomo rito per la trattazione delle cause seriali (che va, dunque, ad aggiungersi a quel lungo elenco dal quale era stato appena estromesso il rito societario: e, si noti, la delega al Governo contenuta nella stessa L. 69/2009 affinché proceda a una riduzione e semplificazione dei riti civili ordinari di cognizione, espressamente fa salve, tra le altre, le disposizioni processuali contenute nel Codice del Consumo).

A parte quanto si è già detto in tema di legittimazione attiva, i paragrafi successivi saranno, dunque, dedicati all'esame di alcuni dei tratti salienti del nuovo rito.

La competenza territoriale e la citazione del P.M.

Il Codice del Consumo prevede (art. 33, comma 2, lett. *u*) la competenza inderogabile, nelle controversie tra consumatori o utenti e professionisti, del tribunale del luogo di residenza o domicilio elettivo del consumatore. Tale disposizione era stata derogata, ragionevolmente, nella disciplina dell'azione collettiva introdotta dalla L. Finanziaria del 2008, con la previsione della competenza del tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa. Tra le due possibilità, il nuovo testo introduce una soluzione differente, non del tutto condivisibile, attribuendo la competenza a conoscere delle azioni di classe al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, e una competenza

ultraregionale ad alcuni tribunali capoluogo (Torino, Venezia, Roma e Napoli). La soluzione, se vale a favorire una specializzazione del giudice, rischia di risolversi in un pregiudizio non solo per i consumatori, ma anche per la stessa impresa, costretta a difendersi, in ipotesi, davanti a un tribunale anche molto distante dalla propria sede.

È stata prevista, poi, la necessaria notificazione dell'atto introduttivo al P.M., che può intervenire nel giudizio limitatamente alla fase dell'ammissibilità dell'azione. Autorevole dottrina (Caponi, 2009) ha colto in tale riferimento una sorta di salutare rivitalizzazione (anticipata in alcune esperienze giudiziarie) della previsione dell'art. 70, terzo comma, C.P.C. Il parallelismo, però, pare reggere sino a un certo punto: se si trattasse davvero di un intervento dovuto al rilievo pubblicistico degli interessi in gioco, non si comprenderebbe perché l'azione del P.M. debba essere limitata alla sola fase dell'ammissibilità dell'azione. In realtà, pare piuttosto che il legislatore abbia voluto tenere conto del rilievo non astrattamente pubblicistico, ma specificamente penalistico di talune vicende che hanno coinvolto migliaia di risparmiatori, individuando nella partecipazione del P.M. alla fase preliminare il suggello di tale consapevolezza.

La trattazione collegiale

Il vecchio testo dell'art. 140 *bis* attribuiva genericamente la competenza a conoscere delle azioni collettive al tribunale; e, benché il comma 448 dell'art. 2 della Legge Finanziaria per il 2008 avesse inserito nell'art. 50 *bis* C.P.C. il numero 7 *bis*, aggiungendo anche le cause di cui all'art. 140 *bis* Codice del Consumo a quelle in cui il tribunale giudica in composizione collegiale, era incerta la composizione dell'organo giudicante in alcune fasi delicate del procedimento, quali il giudizio di ammissibilità, con ogni probabilità da devolvere al giudice singolo o collegiale a seconda del rito applicabile (ordinario o societario).

Il legislatore ora, forse anche per fugare qualsiasi dubbio al riguardo, ha opportunamente previsto che l'azione di classe debba essere trattata (e non solo decisa) dal tribunale in composizione collegiale; del resto, la diretta reclamabilità innanzi alla Corte d'Appello dell'ordinanza sull'ammissibilità dell'azione giustifica la composizione collegiale del tribunale già dalla prima udienza.

Il giudizio di ammissibilità

L'ordinanza sull'ammissibilità è resa dal tribunale (in composizione collegiale e sentito il P.M.) all'esito della prima udienza, destinata, dunque, oltre che alle ordinarie verifiche sulla rituale instaurazione del contraddittorio e all'eventuale regolarizzazione degli atti ai sensi dell'art. 182 c.p.c., alla discussione sull'am-

missibilità dell'azione. Salva l'ipotesi dell'eventuale sospensione (comunque facoltativa) in pendenza di un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente o di un giudizio davanti al giudice amministrativo, il tribunale è dunque chiamato a riscontrare l'esistenza di quattro condizioni: due negative - che l'azione non sia manifestamente infondata e che non vi sia un conflitto di interessi - e due positive - che vi sia l'identità dei diritti azionati e che il proponente sia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

La valutazione sulla manifesta infondatezza non pare richieda particolari chiarimenti: il giudice è chiamato a dare un giudizio prognostico allo stato degli atti, che lo porterà a escludere l'azione nel solo caso in cui questa appaia del tutto priva di fondamento.

L'ipotesi del conflitto di interessi appare ugualmente di semplice comprensione: si tratta di evitare pratiche fraudolente, dirette, cioè, a (far) promuovere azioni "di comodo" per prevenirne altre di portata e serietà maggiore (attesa l'improporzionalità di ulteriori azioni collettive dopo la scadenza del termine fissato per la pubblicità sancita dal co. 14): c'è solo da chiedersi come il giudice possa "scoprire" un simile concerto fraudolento, posto che non è ammissibile un intervento di pretesi danneggiati "reali" diretto a denunciare la pratica scorretta.

Qualche chiarimento merita la questione dell'identità dei diritti azionati. Il sesto comma richiama al riguardo la previsione del secondo comma, secondo cui l'azione di classe tutela diritti identici (quelli contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti nei confronti di una stessa impresa; quelli dei consumatori finali di un determinato prodotto a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; quelli al ristoro del pregiudizio derivante da pratiche commerciali scorrette e da comportamenti anticoncorrenziali). È evidente che se il requisito dell'"identità" (riferita alla situazione nei confronti dell'impresa o direttamente ai diritti) dovesse essere interpretato in maniera letterale, e una rigorosa azione di classe rischierebbe di essere svuotata di contenuto, dal momento che è ben difficile riscontrare la totale identità di situazioni e diritti (anche una differenza nel *quantum* dei danni subiti potrebbe, a rigore, indurre a ritenere che i diritti non sono identici). E, tuttavia, al di là dell'espressione non del tutto appropriata, parrebbe che il criterio-guida ai fini dell'ammissibilità debba essere quello dell'omogeneità dei diritti individuali indicata dal primo comma; il riferimento all'identità della situazione o dei diritti, cioè, va pur sempre interpretato alla luce di quel concetto di classe di cui si è detto in apertura, quale insieme dei soggetti portatori di diritti individuali omogenei. E, dunque, con riferimento alle azioni contrattuali, è necessario che vi sia una pluralità di consumatori e utenti portatrice di analoghe pretese scaturenti dall'inadempimento di un'impresa; con riguardo alle azioni extracontrattuali, occorre che i consumatori finali vantino diritti risarcitori scaturenti dalla commercializzazione del medesimo prodotto difettoso; quanto alle pratiche commerciali scorrette o ai comportamenti anticoncorrenziali, bisognerà verificare che i consumatori o utenti abbiano, in ipotesi, sofferto pregiudizi del medesimo genere causalmente collegati al contegno abusivo tenuto dalle imprese.

Da ultimo, il tribunale dovrà verificare che il proponente sia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe. Si tratta di un requisito di ammissibilità strettamente connesso al sistema delle adesioni e all'esclusione della possibilità di interventi. Poiché gli appartenenti alla classe, a seguito delle forme di pubblicità che il tribunale avrà disposto, potranno soltanto scegliere se aderire all'azione di classe del proponente o intraprendere azioni individuali (cfr. co. 14), ma non spiegare un autonomo intervento, è necessario che il proponente offra appropriate garanzie di poter rappresentare la classe: a cominciare, proprio, dalla solidità necessaria a sostenere gli oneri (in ipotesi, anche abbastanza rilevanti) della pubblicità che il tribunale ordinerà per consentire le adesioni ai vari componenti della classe. C'è da chiedersi se l'esame rimesso al tribunale in questa fase possa riguardare anche le capacità tecniche del (difensore del) proponente. In realtà, salva l'ipotesi della palese infondatezza, una volta che l'azione sia giudicata non manifestamente infondata, l'idoneità a curare l'interesse della classe dovrebbe prescindere da giudizi di tal fatta; ma è anche certo che se la creazione della classe deve valere, tra l'altro, a bilanciare tendenziali squilibri di posizione tra consumatori e utenti da un lato, e professionisti e imprese dall'altro, la competenza tecnica del proponente (e del suo difensore) costituiranno necessariamente un aspetto per valutare anche la capacità di rappresentare la classe.

Il giudizio di ammissibilità è reso con ordinanza, reclamabile innanzi alla Corte d'Appello; in caso di inammissibilità, l'ordinanza, in quanto idonea a definire il giudizio, conterrà anche la regolamentazione delle spese e le eventuali accessorie pronunce ai sensi dell'art. 96 C.P.C. (da intendere, oggi, comprensive di quelle previste dal nuovo testo del terzo comma di tale articolo, che prevede la possibilità di comminare al soccombente, a prescindere dal ristoro dei danni, anche una sorta di pena privata equitativamente determinata). In questo caso, il comma ottavo dell'art. 140 *bis* prevede anche che il tribunale ordini la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente. Tale ultima previsione pare, per la verità, un po' eccessiva, dal momento che un'azione di classe dichiarata inammissibile alla prima udienza (in ipotesi, per manifesta infondatezza) non pare idonea a produrre danni di immagine a cui porre rimedio attraverso forme di pubblicità; meglio sarebbe stato, probabilmente, prevedere un'adeguata forma di pubblicità per eventuali sentenze di rigetto nel merito, dal momento che queste non potranno che intervenire dopo che l'instaurazione stessa dell'azione è stata già pubblicizzata, con ricadute negative di immagine che è facile immaginare.

Il contenuto dell'ordinanza che ammette l'azione

Con l'ordinanza resa in prima udienza, il tribunale non deve limitarsi a escludere la presenza delle cause di inammissibilità sopra sommariamente esaminate; dovrà, infatti, disporre innanzitutto un'adeguata pubblicità all'azione, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. Si è già rilevato (Catal-

di, 2008), con riferimento al vecchio testo dell'art. 140 *bis* Codice del Consumo, che il potere di disporre la pubblicità va maneggiato 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. Con riferimento a quell'originario testo, poi, si segnalava la lacuna rappresentata dalla mancanza di sanzioni per il caso in cui il proponente non avesse ottemperato alle prescrizioni del giudice in tema di pubblicità, sottolineando l'opportunità che il giudice subordinasse, in una sorta di vera e propria condizione risolutiva, l'ammissibilità della domanda alla avvenuta dimostrazione dell'effettuazione della pubblicità. Il legislatore pare abbia fatto tesoro di quest'ultimo suggerimento, con la previsione che l'esecuzione della pubblicità rappresenti condizione di procedibilità della domanda.

L'ordinanza di ammissibilità, poi, deve: *a)* definire i caratteri dei diritti individuali, ai fini dell'individuazione precisa della classe, per evitare "incidenti" circa l'omogeneità o meno dei diritti vantati dai possibili aderenti; *b)* fissare un termine (non superiore a 120 giorni da quello per l'effettuazione della pubblicità) per depositare gli atti di adesione in cancelleria; *c)* dettare le regole del procedimento.

Le adesioni e il divieto di intervento

Pur con le già evidenziate maggiori analogie con un'azione di classe vera e propria, il legislatore non ha voluto introdurre un sistema c.d. di *opt out*, idoneo a produrre effetti di giudicato nei confronti di tutti gli appartenenti alla classe a prescindere da formali adesioni e salva solo la possibilità di dissociazione dall'azione intrapresa da altri. Ma, pur nella condivisione del sistema dell'*opt in*, rispetto al previgente testo sono state introdotte rilevanti novità anche a proposito dell'adesione all'azione di classe e intervento nella stessa.

Il vecchio testo dell'art. 140 *bis* Codice del Consumo, a fronte dell'esclusione di una legittimazione attiva in capo anche a singoli consumatori o utenti, ammetteva con estrema larghezza adesioni all'azione collettiva e interventi individuali: le prime, sino al momento della precisazione delle conclusioni in grado di appello, i secondi senza apparenti limiti («sempre»).

Oggi, il legislatore ha escluso del tutto la possibilità di interventi adesivi, fissando un termine rigoroso, non superiore a 120 giorni da quello per l'ultimazione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione all'azione di classe vanno depositati in cancelleria, anche a mezzo dell'attore.

Si tratta di una scelta coerente e, sostanzialmente, condivisibile.

L'estensione della legittimazione attiva e la conservata possibilità di azioni individuali da parte di quanti non aderiscano all'azione collettiva giustifica l'inammissibilità di interventi adesivi di singoli consumatori e utenti, che complicherebbero lo schema procedimentale dell'azione, in cui la posizione del sin-

golo va esaminata al limitato fine di riscontrare se debba essere incluso o meno nella classe.

D'altro canto, la fissazione di un termine alle adesioni anteriore all'avvio della fase istruttoria vera e propria consentirà al tribunale di giungere alla decisione della causa disponendo di tutto il materiale necessario per emettere una sentenza, in grado di provvedere anche sulle posizioni individuali (e senza il pericolo per il convenuto di incongrue adesioni postume, a seconda dell'andamento del giudizio).

Nulla è detto circa il contenuto dell'atto di adesione, che potrà certamente essere redatto anche senza l'ausilio di un procuratore; con ogni probabilità, la giurisprudenza elaborerà dei criteri minimi per poter fare affidamento sull'autenticità dell'atto e sulla sua provenienza.

La determinazione delle regole sull'ulteriore corso della procedura

Come si è detto, a parte la fase preliminare finalizzata all'ammissibilità dell'azione, il novellato art. 140 *bis* Codice del Consumo introduce un rito del tutto nuovo, in gran parte deformalizzato, affidando la fissazione delle regole concrete allo stesso tribunale, che dovrà ispirare lo svolgimento del processo a canoni generali quali «*il rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo*». Il tribunale dovrà, pertanto, regolare nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplinare ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

Si tratta di una precisa scelta di campo, che trova puntuali assonanze con quanto il legislatore ha coevamente disposto con l'introduzione dell'art. 702 *bis* C.P.C. (L. 69/2009) a proposito del giudizio sommario di cognizione, che a sua volta richiama le disposizioni procedurali dettate dall'art. 669 *series* C.P.C. in tema di procedimento cautelare.

E, tuttavia, le funzioni diverse dei tre istituti devono portare a valutare differentemente anche le espressioni in parte uguali o similari adoperate dal legislatore. In materia cautelare, infatti, è evidente che la deformalizzazione dell'istruttoria è funzionale alla necessità di una decisione veloce ed è perfettamente coerente con l'inesistenza di un giudicato, sicché quanto è stato acquisito sommariamente in quella sede può essere replicato, nei modi della cognizione piena, all'interno del giudizio di merito (cfr. Luiso, 2009). Il procedimento sommario, invece, sfocia in un provvedimento che, nelle forme dell'ordinanza, ha attitudine al giudicato e nel quale la deformalizzazione dell'istruttoria si spiega, piuttosto, in ragione della supposta semplicità della controversia (altrimenti il giudice può disporre che il processo prosegua nelle forme ordinarie), rispetto alla quale l'attività istruttoria (la raccolta di prove costituenti) appare, se non del tutto superflua, quanto meno

secondaria rispetto al complesso dei fatti allegati e delle prove in atto. Nell'azione di classe, invece, la deformalizzazione (che non riguarda solo l'istruttoria, ma la disciplina di ogni questione di rito) è funzione dell'accresciuto potere attribuito al giudice in vista del raggiungimento degli indicati obiettivi generali di «*equa, efficace e sollecita gestione del processo pur nel rispetto del contraddittorio*». Per una volta, il legislatore prova a scommettere sulla capacità del giudice a condurre in porto un processo a cognizione piena di cui sarà egli stesso a porre, nel rispetto dei principi generali e in funzione degli obiettivi prefissati, le regole di procedura (riguardanti tutte le questioni di rito e l'intera istruzione probatoria). Si tratta di una vistosissima deroga alle regole generali (regole generali che saranno, comunque, applicabili ogni qualvolta il tribunale non disporrà diversamente), cui i giudici dovranno rispondere con particolare prudenza e rigore, a partire proprio dall'ordinanza che ammette l'azione, nella quale (in una sorta di editto pretorio) il tribunale dovrà, in coerenza con gli obiettivi indicati, fissare le regole processuali che dovranno essere seguite nell'ulteriore corso del giudizio. Uguale deformalizzazione riguarda anche la fase decisoria del giudizio, in cui potranno essere omesse le formalità fissate dagli artt. 190, ovvero 281 *quinquies* o ancora 281 *series* c.p.c.: sarà il Collegio a disporre informalmente l'*iter* più idoneo a salvaguardare il contraddittorio anche nella fase della discussione finale.

La sentenza di condanna e i meccanismi di liquidazione

Nel sistema introdotto dalla L. Finanziaria per il 2008, il meccanismo relativo alla pronuncia della sentenza di condanna e alla conseguente liquidazione delle somme in favore dei danneggiati appariva alquanto complesso. Il tribunale, in caso di accoglimento della domanda, era chiamato, se possibile allo stato degli atti, a determinare le somme minime da corrispondere a ciascun consumatore o utente o a determinare i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire agli stessi. A quel punto, si apriva una complessa procedura finalizzata al raggiungimento di una conciliazione sul *quantum*, ma nulla impediva che i singoli interessati promuovessero altrettanti giudizi individuali volti a ottenere quanto loro spettante sulla scorta della sentenza sull'*an*.

Il nuovo art. 140 *bis* Codice del Consumo abbandona il farraginoso sistema bifasico e il meccanismo di conciliazione a valle della sentenza di accoglimento della domanda, e dispone che il tribunale pronunci una sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del Codice Civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione, o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme (per esempio, un importo minimo per ciascun illecito accertato); e, anziché sperare che le parti, a questo punto, raggiungano un'improbabile conciliazione (chi sarebbe stato disposto a fare concessioni, pur essendo in possesso di un titolo giudiziale?), incentiva gli adempimenti da parte del professionista o dell'impresa, differendo nel tempo

l'esecutività della sentenza (180 giorni dalla sua pubblicazione) e sancendo che i pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo siano esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza.

Dunque, parrebbe che dopo la sentenza di accoglimento non resti spazio per eventuali ulteriori giudizi volti a determinare con precisione il *quantum* dovuto a singoli appartenenti alla classe: il tribunale, nel definire il giudizio innanzi a sé, dovrà liquidare, nel caso anche equitativamente, quanto dovuto a ogni consumatore o utente, oppure (si pensi alle ipotesi in cui la classe risultasse particolarmente ampia, per effetto di un gran numero di adesioni) stabilire il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione. Ciò che potrebbe residuare, pertanto, è soltanto qualche incidente in fase esecutiva, ove possano nutrirsi dubbi sull'applicazione dell'enunciato di diritto alla singola situazione di fatto.

Ciò che la legge non dice, ma che pare debba ritenersi comunque necessario, è che il tribunale, per quanto numerosa possa essere la classe, deve compiere una verifica su tutti i singoli atti di adesione, allo scopo di riscontrare che effettivamente provengano da appartenenti a pieno titolo alla classe. Non a caso l'ordinanza che dichiara ammissibile l'azione deve, tra le altre cose, specificare «*i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione*», preferibilmente indicando anche gli elementi probatori minimi per tale vaglio; la sentenza con cui si chiude il giudizio, a quel punto, dovrà eseguire un puntuale spoglio di tali adesioni, escludendo quanti non abbiano i requisiti (o non li abbiano dimostrati) per essere inclusi nella classe. Del resto, tale conclusione appare coerente con la scelta compiuta dal legislatore nel 2009 che, come specificato, ha previsto che gli atti di adesione vengano depositati prima ancora dell'inizio della fase istruttoria, laddove il vecchio testo dell'art. 140 *bis* Codice del Consumo differiva il termine ultimo per l'intervento sino al momento della precisazione delle conclusioni in appello.

Questo, peraltro, apre la strada a un interrogativo sull'effettivo ruolo dell'aderente. Si è sostenuto in dottrina (Caponi, 2009) che l'aderente è parte in senso solo sostanziale, ma non processuale, non potendo compiere atti del processo, né potendo subirne le conseguenze in termini di spese. C'è, però, da chiedersi cosa accada nel caso di una sentenza di accoglimento della domanda proposta in nome della classe, nella quale il tribunale, scrutinando le varie posizioni, escluda uno o più aderenti dal novero dei beneficiari della pronuncia, ritenendo che non abbiano i requisiti (o che non li abbiano provati) per partecipare alla classe stessa: gli esclusi potranno appellare la sentenza sul punto (ma allora è innegabile che siano anche parte processuale)? O saranno tenuti a instaurare giudizi individuali volti a ottenere le medesime restituzioni o risarcimenti (soluzione, quest'ultima, che pare contrastare con quanto sancito dal co. 14, secondo il quale «*la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti*» e, soprattutto, «*è fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva*», il che parrebbe escludere la possibilità dell'instaurazione di un'azione individuale da parte di chi abbia prestato adesione a quella di classe)?

L'appello

Il legislatore ha posto particolare attenzione all'esecutività della sentenza e all'appello. Si è già detto che il co. 12 differisce di 180 giorni l'esecutività della sentenza, allo scopo di favorire adempimenti spontanei; una disciplina peculiare è poi dettata per quanto riguarda l'eventuale sospensione della sentenza che fosse gravata da appello. Ai sensi del co. 13, infatti, la Corte d'Appello a cui venga richiesta la sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione della sentenza impugnata non deve limitarsi a valutare i presupposti indicati dall'art. 283 C.P.C. (*«gravi e fondati motivi anche in relazione alla possibilità di insolvenza di una delle parti»*), ma deve tenere *«altresì conto dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori, nonché delle connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame»*. La *ratio* appare evidente: da un lato, un risarcimento anche modesto moltiplicato per un gran numero di aderenti alla classe può risultare di entità gravosissima per il debitore; dall'altro, alla parte che riuscisse vittoriosa in appello potrebbe risultare oltre modo difficoltoso (e oneroso) recuperare somme, per quanto modeste, da una molteplicità di controparti. Saggia appare, dunque, l'opzione attribuita alla Corte, che può comunque (anche in caso di rigetto della richiesta di sospensiva) disporre che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la somma complessivamente dovuta dal debitore sia depositata e resti vincolata nelle forme ritenute più opportune.

Il giudicato e l'improponibilità di ulteriori azioni collettive

Coerentemente con l'impianto realizzato, il legislatore prevede che la sentenza faccia stato anche nei confronti degli aderenti: dunque, questi ultimi resteranno vincolati dalla decisione di accoglimento o rigetto resa nei confronti del promotore della classe; e vedranno eventualmente accolte le loro pretese nei limiti di quanto il tribunale liquiderà o dei criteri omogenei di calcolo fissati.

Non è, poi, possibile che si realizzi un contrasto tra più azioni. Non tra azioni individuali e di classe: queste procedono lungo binari destinati a non incontrarsi e tra cui non sono possibili interferenze (un'impresa potrebbe andare assolta nell'azione di classe e venire, al contrario, condannata nel giudizio individuale promosso da un singolo consumatore o utente, o viceversa). Ma nemmeno tra più azioni di classe: una volta scaduto il termine per le adesioni fissato dal giudice ai sensi del comma 9, infatti, *«non sono proponibili»* ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa. Quelle, invece, proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale (e la fissazione dei criteri di competenza sopra illustrati dovrebbe garantire proprio tale evenienza); altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a 60 giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.

Alcuni aspetti problematici

Come si è già avuto modo di rilevare, il nuovo art. 140 *bis* Codice del Consumo appare, nell'insieme, più coerente e meglio articolato del precedente testo. E, tuttavia, non mancano alcuni aspetti problematici.

Innanzitutto, a proposito del mutato sistema di legittimazione attiva, c'è da chiedersi se, a fronte dell'estensione della legittimazione all'azione anche a ciascun componente della classe, sia ancora giustificabile e legittima costituzionalmente l'attribuzione in esclusiva del potere di proporre azioni inibitorie e di urgenza di cui all'art. 140, co. 8, Codice del Consumo, solo alle associazioni rappresentative dei consumatori e degli utenti (risulta ben strano, e probabilmente in contrasto con l'art. 24 Cost., che il singolo consumatore o utente che intenda reagire contro lesioni di diritti contrattuali, ovvero contro illeciti extracontrattuali del produttore, ovvero ancora contro pratiche e comportamenti anticoncorrenziali, non possa, *in limine litis*, ottenere una tutela inibitoria o cautelare); in secondo luogo, se coerenza non avrebbe dovuto consigliare di attribuire anche al convenuto (professionista-produttore) e al giudice, a fronte dell'azione promossa dal singolo, ma in presenza di un illecito avente tutti i requisiti di offensività diffusa di diritti omogenei, la possibilità di chiedere o di disporre d'ufficio la trasformazione dell'azione individuale in azione collettiva.

Sotto tale ultimo profilo, va osservato che, se l'azione di classe appare ovviamente utile per consumatori e utenti, che possono coalizzarsi per superare intuibili disuguaglianze e per ottenere tutele anche a fronte di lesioni che, singolarmente considerate, risultino di modesta entità, non è da escludere che anche l'impresa, "aggregata" da una pluralità di azioni risarcitorie (in ipotesi, innanzi a una molteplicità di fori diversi, a seconda della residenza dei singoli consumatori), possa trovare utilità nel concentrare il contenzioso in un'unica sede e in un unico giudizio, anche eventualmente allo scopo di formulare un'unitaria proposta transattiva. E si sarebbe potuta valutare l'opportunità di offrire anche al singolo giudice (ufficio giudiziario) - in ipotesi gravato da un gran numero di cause seriali similari - la possibilità di promuoverne la trasformazione in un'unica azione di classe, nella quale far confluire tutte le azioni individuali.

In mancanza di simili sistemi, c'è da chiedersi anche se la classe forense possa trovare un concreto vantaggio (a parte quelli di immagine) dalla "collettivizzazione" di quelli che, altrimenti, potrebbero essere plurimi (e probabilmente più redditizi) giudizi individuali che, negli ultimi anni, sono letteralmente esplosi, soprattutto in alcune realtà territoriali, contro imprese fornitrici di servizi di vario genere, in mancanza di sistemi premiali, quali per esempio un più ampio meccanismo di danni punitivi, che non a caso nel sistema Nord americano trovano peculiare applicazione proprio nelle azioni di classe.

Un altro aspetto critico è, poi, costituito dal campo di applicazione dell'azione di classe. Superando un'incongruenza del vecchio testo, l'attuale 140 *bis* Codice del Consumo elimina il riferimento esclusivo, per ciò che attiene ai profili contrattuali, ai contratti stipulati ai sensi dell'articolo 1342 del Codice Civile,

permettendo opportunamente l'azione collettiva anche a fronte di contratti non stipulati a mezzo di moduli o formulari (si pensi ai contratti di telefonia, spesso stipulati proprio a mezzo telefono); ma, a fronte di questo passo avanti, ne vengono compiuti due indietro, escludendo dal novero delle azioni di classe esercitabili quelle dirette al risarcimento del danno in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali in generale, che vengono limitate alle sole ipotesi di responsabilità del produttore.

Da ultimo, appare incredibile il mancato coordinamento tra l'ultimo differimento, al 1° gennaio 2010, dell'entrata in vigore dell'art. 140 *bis* Codice del Consumo disposto dall'art. 23, comma 16 della L. 102/2009 (di conversione del D.L. 78/2009), e la previsione del comma 2 dell'art. 49 della L. 99, secondo cui le disposizioni dell'articolo 140 *bis* Codice del Consumo si applicano agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge: come dire che l'azione di classe potrà avere a oggetto anche illeciti compiuti a partire dal 15 agosto del 2009 (quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione della L. 99 in Gazzetta Ufficiale), ma le azioni potranno essere instaurate solo dopo il 1° gennaio del prossimo anno.

Riferimenti bibliografici

- Caponi, R., "La riforma della 'Class Action'. Il nuovo testo dell'art. 140 *bis* Cod. Cons. nell'emendamento governativo", in www.judicium.it, 2009.
- 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.
- Cataldi, G., "Le problematiche processuali dell'azione collettiva", in *Consumatori, Diritti e Mercato*, n. 2/2008.
- 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.
- Costantino, G., "La tutela collettiva risarcitoria. Note a prima lettura dell'art. 140 *bis* del Codice del Consumo", in *Foro It.*, 1/08.
- Giussani, A., *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008.
- Luiso, F.P., "Il procedimento sommario di cognizione", in www.judicium.it, 2009.
- Menchini, S., "La nuova azione collettiva risarcitoria e restitutoria", in www.judicium.it, 2008.
- Musy, A. M., "La protezione dei consumatori in Italia (rilievi comparatistici sul nostro modello di tutela)", in *Questione Giustizia*, fascicolo 2/2001.