

TOMASO GALLETTO (\*)

## **L'AZIONE DI (SECONDA) CLASSE**

### **CONSIDERAZIONI SUL NOVELLATO ART. 140-BIS DEL CODICE DEL CONSUMO**

Sommario: 1. Premessa. – 2. La metamorfosi dell'azione collettiva risarcitoria: dai diritti collettivi ai diritti individuali omogenei. – 3. La legittimazione ad agire. – 4. L'oggetto dell'azione. – 5. L'adesione all'azione di classe ed i suoi effetti. – 6. La proposizione della domanda e il giudizio di ammissibilità. – 7. L'ordinanza sulla ammissibilità ed il reclamo. – 8. Il divieto di intervento e le ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti. – 9. L'istruttoria. – 10. La sentenza di accoglimento: contenuto ed effetti. – 11. La fase di appello ed i provvedimenti sulla esecuzione provvisoria. – 12. Le rinunce e le transazioni. La salvezza delle azioni individuali. – 13. Il diritto intertemporale. – 14. Conclusioni

\* \* \*

#### **1. PREMESSA.**

L'importanza per i consumatori di disporre di mezzi di ricorso efficaci, anche attraverso azioni di ricorso collettivo, nel caso in cui i loro diritti vengano lesi dagli operatori commerciali è stata da tempo sottolineata a livello comunitario sia dal Parlamento Europeo (da ultimo con la risoluzione sulla strategia della politica dei consumatori adottata nel 2008) sia dal Consiglio.

La Commissione delle Comunità Europee ha quindi presentato un Libro Verde nel novembre 2008 (COM (2008) 794 def.) sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori, aprendo la consultazione pubblica sino al 1° marzo 2009.

Nel presentare il proprio documento oggetto di consultazione la Commissione ha rilevato che la situazione attuale in materia di ricorso dei consumatori nell'UE non è soddisfacente e non permette ad un gran numero di consumatori vittime di una medesima infrazione di ottenere risarcimenti ed indennizzi.

---

(\*) Docente di diritto processuale civile nell'Università di Genova, Avvocato.

Ancora, la Commissione ha rilevato che soltanto 13 Stati membri dispongono attualmente di meccanismi giudiziari di ricorso collettivo con soluzioni che variano a seconda dei Paesi e che producono risultati assai diversi tra loro (per una efficace ricostruzione dello stato dell'arte nell'ambito dell'Unione Europea cfr. P. BIAVATI, *Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione Europea* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, 1373 ss.).

Mentre a livello comunitario ci si interroga sulla opportunità di un intervento sul tema delle azioni collettive risarcitorie, il nostro legislatore, come è noto, ha ritenuto sin dal 2007 (con la Legge Finanziaria per il 2008) di introdurre nel nostro ordinamento tale forma di tutela degli interessi collettivi dei consumatori.

L'intervento si è concretizzato nella introduzione nell'ambito del Codice del Consumo (D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) dell'art. 140-*bis* disciplinante appunto le azioni collettive risarcitorie.

Le vicissitudini di tale nuovo strumento processuale sono risapute.

L'originario termine di entrata in vigore previsto per il 30 giugno 2008 è stato più volte differito in ragione della rilevata necessità di un approfondimento della materia e di una miglior formulazione tecnica del testo legislativo.

Nei giorni scorsi è stato definitivamente licenziato il nuovo testo dell'art. 140-*bis* del Codice del Consumo destinato a sostituire la norma analoga, mai entrata in vigore.

L'impostazione originaria dell'azione collettiva risarcitoria è stata completamente rivoluzionata, sicché di essa non è rimasto nemmeno il nome, che oggi è diventato "*azione di classe*".

E' molto probabile che nessuno rimpianga la mancata attuazione delle previsioni contenute nell'originario testo dell'art. 140-*bis*, sul quale molto è già stato scritto evidenziandone le plurime criticità e lacune.

La prima lettura della nuova disciplina dell'azione di classe suscita peraltro anch'essa notevoli perplessità; talune di esse saranno evidenziate nel corso dell'esame delle nuove norme che forma oggetto della presente indagine.

## **2. LA METAMORFOSI DELL'AZIONE COLLETTIVA RISARCITORIA: DAI DIRITTI COLLETTIVI AI DIRITTI INDIVIDUALI OMOGENEI.**

L'esame delle nuove disposizioni consente in via preliminare di rilevare la profonda metamorfosi subita dall'azione collettiva risarcitoria a seguito delle modifiche introdotte rispetto alle previsioni originarie.

Nella formulazione mai entrata in vigore l'azione era destinata a tutelare gli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti sicché da più parti si riteneva che fosse stata

introdotta nell'ordinamento una nuova categoria di azioni, distinta ed autonoma rispetto all'ordinaria azione di cognizione nel processo civile: l'"azione collettiva".

Il nuovo testo, come detto, abbandona questa impostazione e riconduce quella che è oggi definita "azione di classe" ad uno strumento alternativo di tutela dei *diritti individuali omogenei* dei consumatori e degli utenti, in ipotesi lesi nelle fattispecie tassativamente previste dalla nuova norma.

L'innovazione non è di poco momento in quanto oggetto di tutela saranno i singoli diritti dei consumatori (pur se caratterizzati dalla loro omogeneità) e non una nuova categoria di diritti di natura collettiva.

Cadono quindi le obiezioni e le critiche che da più parti si erano levate rispetto alla precedente versione della norma in argomento (l'art. 140-*bis* del Codice del Consumo).

La nuova formulazione, che è certamente preferibile, risulta maggiormente coerente con il dettato costituzionale secondo cui la facoltà di agire in giudizio spetta a ciascun soggetto (art. 24 Cost.) e non pone i delicati problemi in tema di sostituzione processuale anomala che potevano ravvisarsi nella precedente formulazione della norma ovvero di assai difficile individuazione della titolarità degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti.

Così riformulata, peraltro, la norma sembra alludere più ad una azione plurisoggettiva, già oggi conosciuta dal nostro ordinamento processuale (è l'ipotesi del litisconsorzio facoltativo attivo di cui all'art. 103, 1° comma, c.p.c.) che ad una vera e propria azione di classe quale è conosciuta negli ordinamenti ove essa è operativa.

### **3. LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE.**

Anche sotto il profilo della legittimazione ad agire le novità introdotte sono molteplici. Nell'originaria formulazione dell'art. 140-*bis*, infatti, la legittimazione ad agire spettava alle associazioni dei consumatori di cui all'art. 139 del Codice del Consumo ovvero a quelle associazioni e comitati che fossero adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere.

Il singolo consumatore (o il gruppo di consumatori coalizzato) non aveva legittimazione a far valere la lesione degli interessi collettivi, ancorché fosse parte della categoria dei soggetti lesi.

Il nuovo primo comma dell'art. 140-*bis*, per contro, chiarisce che ciascun componente della classe può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni, soggiungendo che può esercitare il suo diritto anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa.

Emerge quindi con chiarezza, come è già stato evidenziato, che i protagonisti della nuova “azione di classe” sono i singoli consumatori, eventualmente (ma non necessariamente) riuniti in comitato o aderenti ad associazioni di categoria.

Queste ultime non potranno più agire autonomamente per far valere in giudizio diritti altrui (quelli dei singoli consumatori connotati da omogeneità o identità di posizione), ma potranno soltanto agire in virtù di uno specifico mandato loro conferito da singoli consumatori o utenti.

Non è chiaro, a questo proposito, come debba essere risolto il contrasto che sembra ipotizzabile con la disciplina della rappresentanza processuale volontaria di cui all’art. 77 c.p.c., la quale non può mai essere disgiunta dal potere di rappresentanza sostanziale, pur essendo consentito che tale potere possa essere attribuito con riferimento ad un coacervo di rapporti omogenei o litigiosi.

In altri termini si pone il quesito se il mandato che il singolo consumatore od utente può conferire ad una associazione o comitato cui partecipa possa limitarsi ad una mera rappresentanza processuale (il che non sembrerebbe ammissibile) o debba altresì essere accompagnato da un potere di rappresentanza sostanziale (che allora consentirebbe al mandatario di disporre dei diritti anche sostanziali, nei limiti del mandato conferito).

Ancora, nulla si dice sulla forma del mandato (che si intuisce debba essere quella scritta) né sul suo contenuto e, circostanza più rilevante, non si prevede che la sottoscrizione del mandato debba essere autenticata al fine di poter verificare l’effettività del conferimento di esso.

#### **4. L’OGGETTO DELL’AZIONE.**

Il secondo comma dell’art. 140bis contiene l’elencazione, che dovrebbe ritenersi tassativa, dei diritti tutelabili mediante l’azione di classe.

Tali diritti sono raggruppati in tre categorie.

La prima di esse riguarda i *diritti contrattuali* di una pluralità di consumatori o utenti che versano nei confronti di una stessa impresa *in situazione identica*, inclusi i diritti relativi ai contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile (e quindi quelli che rinviano a condizioni generali di contratto, che contengono clausole vessatorie e quelli conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari).

La seconda categoria riguarda i *diritti identici* spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del produttore, indipendentemente da qualsiasi rapporto contrattuale con quest’ultimo.

La terza e ultima categoria concerne i *diritti identici* al ristoro del pregiudizio derivante “agli stessi consumatori o utenti” da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

La prima categoria riguarda evidentemente i c.d. contratti di massa nell'ambito dei quali è effettivamente individuabile una pluralità di situazioni giuridiche identiche nei confronti di una stessa impresa.

Nonostante il generico richiamo ai contratti stipulati ai sensi degli artt. 1341 e 1342 del codice civile, che possono riguardare evidentemente anche soggetti non appartenenti alla categoria dei consumatori e degli utenti, deve ritenersi che l'azione di classe non possa che essere proposta per la tutela dei diritti di questi ultimi.

Con riferimento poi alla utilizzazione di condizioni generali di contratto si deve osservare che, ai sensi dell'art. 37 del codice del consumo le associazioni rappresentative dei consumatori iscritte nell'elenco tenuto dal Ministero dello Sviluppo Economico (nonché le associazioni rappresentative dei professionisti e le camere di commercio) possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano o raccomandano l'utilizzo di condizioni generali di contratto e richiedere al giudice l'inibitoria all'uso di quelle condizioni di cui si è accertata l'abusività.

Ancora, le associazioni dei consumatori degli utenti iscritte presso il Ministero sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti dall'art. 139 del codice del consumo, ma limitatamente alle domande di inibitoria degli atti e comportamenti lesivi, ovvero volte ad adottare misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate ed in ogni caso a conseguire la pubblicazione dei provvedimenti adottati nei casi in cui la pubblicità possa contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

L'art. 140 comma 9, peraltro, prevede che l'azione nel senso lato inibitoria promossa dalle associazioni iscritte presso il Ministero non preclude il diritto ad azioni individuali di consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni.

I rapporti tra l'azione inibitoria spettante alle associazioni iscritte presso il Ministero e l'azione di classe non sono chiariti dal legislatore, sicché non è improbabile che si possano verificare situazioni in cui si abbia concorso delle due azioni con possibili interferenze tra di esse, ancorché aventi diverso oggetto (l'una l'inibitoria e l'altra il risarcimento del danno).

D'altra parte, come emerge nella più recente giurisprudenza, nell'ambito dell'azione collettiva inibitoria di pratiche commerciali scorrette o di clausole vessatorie il giudice potrebbe imporre la restituzione di somme, indebitamente percepite, a favore dei singoli consumatori (in questo senso cfr. Trib. Roma, 30 aprile 2008 (ord.) in *Giur. It.*, 2008, 2794 ss. con nota di A.D. DE SANTIS).

L'interferenza tra le due azioni di rivela, quindi, non solo meramente teorica e pone questioni piuttosto delicate che in questa sede possono essere solo accennate.

La seconda categoria di diritti tutelabili con l'azione di classe riguarda la responsabilità per danno da prodotti difettosi, già disciplinata, sotto il profilo sostanziale, dal DPR 224/1988 il cui contenuto precettivo è stato quasi integralmente inserito agli articoli 114 - 127 del Codice del Consumo.

Occorre rilevare, a questo proposito che la norma consente di azionare i diritti identici nei confronti del relativo "produttore".

E' noto che il Codice del Consumo, contrariamente a quanto era previsto nel DPR 224/1988 oggi abrogato, non offre una specifica definizione di produttore, con conseguente difficoltà per l'interprete di individuare il soggetto a cui la disciplina intende riferirsi.

Da un lato, infatti, si potrebbe pensare che il produttore sia soltanto il produttore originario del bene, non essendo estendibile la definizione a soggetti che si situano nei passaggi intermedi nei confronti del consumatore finale.

Ma, come è stato recentemente chiarito (P. STANZIONE – A. MUSIO, *La tutela del consumatore* in *Trattato di Diritto privato* diretto da M. BESSONE, Torino, 2009, vol. XXX, 623 ss. spec. 626) una lettura sistematica delle disposizioni del Codice del Consumo induce a ritenere che per "produttore" devono intendersi tutti i soggetti a diverso titolo coinvolti non solo nella catena produttiva, ma anche in quella distributiva del prodotto difettoso.

In questa prospettiva potrebbe trovare applicazione, anche nell'ambito dell'azione di classe, l'azione di regresso tra co-obbligati solidali, prevista del resto specificamente dall'art. 121 comma II del Codice del Consumo.

Questa eventualità potrà a sua volta comportare un appesantimento dell'attività istruttoria, che dovrà riguardare anche i rapporti interni tra co-obbligati e l'incidenza causale del comportamento di ciascuno rispetto all'evento dannoso dedotto in causa.

L'ultima categoria si riferisce ai diritti lesi da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anti-concorrenziali.

Quanto al profilo delle pratiche commerciali scorrette la relativa fattispecie, come è noto, è stata introdotta nel Codice del Consumo dal D.lgs. 2 agosto 2007 n. 146 attraverso la sostituzione degli artt. da 18 a 27 e l'aggiunta degli artt. 27-bis, *ter* e *quater*.

In estrema sintesi la nozione di pratica commerciale scorretta si riferisce ad una condotta contraria alla diligenza professionale accompagnata dalla idoneità della stessa a falsare in misura apprezzabile il comportamento del consumatore.

E' ragionevole ricondurre tale fattispecie alla responsabilità pre-contrattuale, che ben può rilevarsi, come recentemente ha osservato la Suprema Corte in tema di negoziazione di strumenti finanziari, anche nell'ipotesi in cui il contratto sia stato

effettivamente concluso nonostante la violazione dei doveri di correttezza e diligenza in sede pre-contrattuale.

I comportamenti anti-concorrenziali che possono rilevare ai fini dell'azione di classe sono poi quelli che abbiano recato pregiudizio ai consumatori e agli utenti, ad esempio a seguito di concertazione fra le imprese per la fissazione di prezzi o canoni concordati in danno della massa degli utenti.

## 5. L'ADESIONE ALL'AZIONE DI CLASSE ED I SUOI EFFETTI.

La nuova configurazione dell'azione di classe mantiene la scelta, già operata con la normativa non entrata in vigore, che impone al consumatore che voglia partecipare agli effetti positivi della iniziativa collettiva di aderire formalmente alla medesima (cd. *opt in*).

Ciò nonostante i rilievi che da più parti erano stati mossi in ordine alla inopportunità di tale scelta, anche alla luce delle esperienze straniere che per la maggior parte prevedono la opposta opzione (cd. *opt out*).

Dispone a questo proposito il comma III dell'art. 140-*bis* che i consumatori e gli utenti che intendano avvalersi dell'azione di classe, possono aderirvi *senza ministero di difensore*.

L'adesione comporta rinuncia ad ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo (salva la reviviscenza del diritto individuale nell'ipotesi in cui intervengano tra le parti del giudizio rinunce e transazioni senza il consenso dell'aderente interessato, ovvero nell'ipotesi di estinzione del giudizio o chiusura anticipata del processo: in questo senso dispone il comma 15 della norma).

La struttura dell'atto di adesione prevede, oltre alla necessaria elezione di domicilio, che in esso vengano indicati gli elementi costitutivi del diritto fatto valere accompagnati dalla pertinente documentazione probatoria.

L'atto di adesione deve essere depositato nella cancelleria del giudice competente nel termine previsto per l'esercizio del diritto di aderire alla domanda che deve essere stabilito dal giudice, ed il deposito può essere anche effettuato per il tramite dell'attore.

Il deposito dell'atto di adesione, inoltre, determina gli effetti interruttivi e sospensivi della prescrizione riconnessi alla introduzione di un giudizio (artt. 2943 e 2945 cod. civ.).

La natura dell'atto di adesione non è affatto chiara, essendo peraltro evidente la diversità rispetto all'intervento adesivo autonomo.

L'espressa previsione che l'adesione non deve essere effettuata con il ministero del difensore sembrerebbe prefigurare un'ipotesi di deroga alla disciplina del necessario patrocinio del difensore di cui all'art. 82 c.p.c., peraltro consentita dal terzo comma

della menzionata disposizione del codice di rito che appunto fa salvi i casi in cui la legge dispone altrimenti.

In ogni caso con l'atto di adesione si acquista la qualità di parte del processo, poiché la norma espressamente dispone che la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti (comma 14).

Questa scelta non può non destare perplessità poiché, se si deve ritenere – come appare predicabile – che l'aderente può stare in giudizio personalmente, la gestione del processo, specialmente nella fase della istruzione probatoria, potrebbe risentirne negativamente (chi ha aderito all'azione di classe parteciperà alle udienze? come gli saranno comunicati i provvedimenti del giudice? avrà *os ad loquendum* davanti al giudice?).

La norma non consente più, accanto all'adesione, l'intervento di terzi (che nella versione precedente era ammesso sino alla precisazione delle conclusioni nel giudizio di appello).

Si accentuano in tal modo le perplessità sulla scelta operata dal legislatore in tema di adesione all'azione di classe.

Manca qualsiasi previsione in ordine alla verifica della identità dell'aderente e della autenticità della sottoscrizione dell'atto di adesione, dal quale peraltro conseguono, come si è già detto, rilevanti effetti non solo in tema di interruzione della prescrizione ma anche in tema di ambito soggettivo del giudicato, che per espressa disposizione si estende a coloro che hanno aderito all'azione.

Non solo. L'atto di adesione comporta la rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo ed è quindi assai discutibile che così rilevanti effetti sostanziali e processuali possano conseguire ad un mero atto di parte, non assistita da un difensore tecnico.

E' pur vero che il tribunale dovrà, nel corso del processo, disporre a carico delle parti la pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti (il che potrebbe far pensare che il legislatore non ritiene che l'aderente sia parte del processo, come invece sembra predicabile secondo i principi), ma questa cautela non sembra obiettivamente sufficiente a costituire una forma adeguata di tutela della posizione degli aderenti all'azione di classe.

Anche alla luce dei profili di criticità in precedenza sommariamente indicati la scelta di imporre l'adesione esplicita all'azione di classe non sembra particolarmente felice.

## **6. LA PROPOSIZIONE DELLA DOMANDA E IL GIUDIZIO DI AMMISSIBILITÀ.**

La domanda introduttiva dell'azione di classe si propone con citazione davanti al tribunale avente sede nel *capoluogo della regione* in cui ha sede l'impresa convenuta.



Alcuni tribunali hanno competenza territoriale ultra-regionale: il tribunale di Torino è competente anche per la Valle d'Aosta; quello di Venezia anche per il Trentino Alto Adige e Friuli Venezia Giulia; quello di Roma anche per le Marche, Umbria e Abruzzo; il Tribunale di Napoli, infine, è competente anche per la Basilicata e la Calabria.

Si tratta di una scelta di concentrazione della competenza che appare opportuna, anche al fine di una maggiore omogeneità degli orientamenti giurisprudenziali e, che è modulata su quella già operativa in materia di diritto industriale.

L'atto di citazione deve essere notificato anche al Pubblico Ministero, il quale ha facoltà di intervenire limitatamente alla fase del giudizio relativa alla ammissibilità della domanda.

La trattazione della causa è sempre di competenza del Tribunale in composizione collegiale.

E' prevista una prima fase del giudizio destinata alla deliberazione in ordine della ammissibilità della domanda.

L'art. 140 *bis*, comma sesto, dispone in proposito che all'esito della prima udienza il Tribunale decide con ordinanza sulla ammissibilità della domanda, con facoltà di sospendere il giudizio qualora sui fatti rilevanti sia in corso un'indagine di una autorità indipendente o un giudizio davanti al giudice amministrativo. La norma non contiene alcuna previsione per l'ipotesi in cui si controverta in materia di condizioni generali di contratto e sia in corso in sede giurisdizionale il procedimento per inibitoria di cui agli artt. 37 e 140 del Codice di Consumo, al quale si è in precedenza fatto cenno.

## **7. L'ORDINANZA SULLA AMMISSIBILITÀ ED IL RECLAMO.**

Venendo al giudizio di ammissibilità della domanda, si osserva che sono previste *quattro ipotesi* che consentono una declaratoria di inammissibilità.

La domanda non sarà ritenuta ammissibile quando:

- a) essa risulta manifestamente infondata;
- b) sussiste un conflitto di interessi;
- c) non è ravvisata dal Giudice l'identità dei diritti individuali tutelabili con l'azione promossa;
- d) il proponente l'azione non appare in grado di tutelare adeguatamente "*l'interesse della classe*".

Si tratta di una indispensabile fase di "*filtro*" preventivo, particolarmente delicata, nell'ambito della quale è affidato al Giudice il non agevole compito di verificare non soltanto la sussistenza - tenuto conto delle difese della impresa convenuta - di un sufficiente *fumus boni juris*, ma anche la (potenziale) identità di situazioni tutelabili con l'azione di classe, la insussistenza di conflitti di interesse tra il proponente e le

situazioni giuridiche tutelabili ed ancora il sufficiente grado di adeguatezza del proponente a curare l'interesse della classe di consumatori e utenti interessati dall'azione.

Rispetto all'analogia disposizione contenuta nell'originario testo dell'art. 140 *bis* scompare la possibilità per il Tribunale di assumere sommarie informazioni prima di adottare l'ordinanza sulla ammissibilità o meno della domanda. E' peraltro prevedibile che nella prassi sarà spesso necessario dare ingresso ad una istruttoria sommaria finalizzata alla verifica (se del caso) di alcune circostanze che possano comportare l'inammissibilità della domanda (specialmente con riguardo al profilo del conflitto di interessi ed a quello relativo alla eventuale inadeguatezza del proponente a curare gli interessi di classe).

Ove ravvisi l'inammissibilità della domanda, il Tribunale pronuncia ordinanza in tal senso e dispone in ordine alle spese del procedimento (anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c.) ed alla più opportuna pubblicità che deve essere data, a cura e spese del soccombente, al provvedimento.

L'ordinanza di ammissibilità, che dà avvio alla trattazione nel merito dell'azione di classe, ha contenuto composito.

Con essa, innanzi tutto, vengono fissati i termini e le modalità più opportune per una adeguata pubblicità dell'azione promossa, al fine della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe (l'ordinanza è trasmessa al Ministero per lo Sviluppo economico che ne cura ulteriore pubblicità).

Il rispetto di tali termini e modalità costituisce, per espressa previsione normativa, condizioni di procedibilità della domanda.

L'ordinanza di ammissibilità, inoltre, deve contenere:

- a) la definizione dei caratteri dei diritti individuali azionati, specificando altresì i criteri in base ai quali le singole posizioni soggettive possono ritenersi incluse o escluse dall'azione collettiva;
- b) la fissazione di un termine, non superiore a 120 giorni dal termine finale fissato per la pubblicità del promuovimento dell'azione, per il deposito in cancelleria dell'atto di adesione ( di cui si è detto in precedenza).

Ancora, l'ordinanza deve determinare il corso del processo (una specie di "Calendario del processo "di cui all'art. 81 *bis* disp. att. c.p.c.?) nella prospettiva di assicurare "l'equa, efficace e sollecita gestione del processo" nel rispetto del contraddittorio e "può" disporre in ordine all'istruttoria della causa (su questo aspetto, meritevole di approfondimento, v. *infra*).

Avverso l'ordinanza che decide sull'ammissibilità dell'azione (sia essa positiva o negativa) è ammesso reclamo alla Corte d'Appello nel termine perentorio di 30 giorni

dalla sua comunicazione (o notificazione, se anteriore). Il reclamo non sospende gli effetti della ordinanza ammissiva dell'azione.

La Corte d'Appello decide il reclamo, in camera di Consiglio, con ordinanza resa entro 40 giorni dal deposito del ricorso.

La norma non dispone in ordine alla eventuale impugnabilità dell'ordinanza declaratoria di inammissibilità dell'azione assunta in sede di reclamo. La natura decisoria di tale provvedimento (e la sua definitività) sembrano idonee a predicarne l'impugnabilità ex art. 111 Cost. con ricorso straordinario in Cassazione (per soli motivi di legittimità).

L'orientamento ondivago della Suprema Corte in materia di ricorribilità ex art. 111 Cost. impone cautela, ma l'indirizzo maturato (non senza contrasti) in tema di giudizio di ammissibilità dell'azione di riconoscimento della paternità (art. 274 cod. civ., oggi abrogato) induce a preferire la soluzione positiva.

#### **8. IL DIVIETO DI INTERVENTO E LE ULTERIORI AZIONI DI CLASSE PER I MEDESIMI FATTI.**

Operando una scelta esattamente contraria a quella contenuta nella originaria previsione dell'art. 140-*bis* il legislatore esclude tassativamente la possibilità dell'intervento di terzi, ai sensi dell'art. 105 c.p.c., nell'ambito dell'azione di classe (nella precedente versione, invece, l'intervento era ammissibile anche nell'ambito del giudizio di appello fino alla precisazione delle conclusioni in quel grado).

Soggetti ulteriori rispetto a coloro che hanno promosso l'azione di classe potranno partecipare al relativo giudizio soltanto attraverso il meccanismo dell'adesione di cui in precedenza si è detto, evidenziandone altresì la difficile collocazione nell'ambito dei principî processuali (si tratta infatti di un atto che non ha la struttura dell'atto di intervento e che tuttavia ne consegue gli effetti).

E' previsto altresì uno sbarramento alla proposizione di autonome, ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa.

Esse saranno proponibili soltanto entro il termine assegnato, con l'ordinanza ammissiva della prima azione proposta, ai fini dell'esercizio della facoltà di adesione.

La disciplina a tal fine prevista dispone altresì che ove nel termine indicato per l'esercizio della facoltà di adesione siano proposte ulteriori azioni per i medesimi fatti nei confronti della stessa impresa, queste siano riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale, mentre, se proposte davanti ad altro tribunale, quest'ultimo ne disponga la cancellazione dal ruolo assegnando un termine perentorio non superiore a 60 giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.

La finalità di tali disposizioni è evidente e apprezzabile, in quanto volta ad evitare un proliferare, anche emulativo, di azioni che rendano estremamente difficoltosa una efficiente gestione del processo.

Tuttavia, non può non rilevarsi che le rigide preclusioni temporali per il promuovimento di ulteriori azioni per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa possono consentire talune distorsioni che contrastano con gli obiettivi generali della disciplina.

Una azione di classe promossa sulla base di presupposti deboli, che la rendano ammissibile ma ne facciano presumere una infondatezza nel merito ovvero una limitata efficacia, è suscettibile di precludere ulteriori e più fondate azioni nell'ipotesi in cui queste ultime non siano proposte nei ristretti termini previsti dalla norma (e cioè il termine indicato per l'esercizio della facoltà di adesione).

E' pur vero che occorre evitare il proliferare delle azioni nei confronti della medesima impresa e per i medesimi fatti, ma non sembra che fosse necessario prevedere uno sbarramento temporale così rigido quale quello adottato, ben potendo una ulteriore azione di classe confluire in quella originariamente proposta almeno sino all'inizio della fase istruttoria.

In alternativa sarebbe stato opportuno consentire quanto meno l'intervento ex art. 105 c.p.c. (oggi precluso) per evitare che venisse sacrificata sull'altare della efficienza e rapidità del processo una maggiore giustiziabilità degli interessi dei consumatori e degli utenti lesi dai comportamenti illegittimi di una medesima impresa.

## **9. L'ISTRUTTORIA**

La disciplina dell'istruzione probatoria assegna al Tribunale una ampia discrezionalità, da esercitarsi mediante ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, e finalizzata ad evitare inutili ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti.

Più precisamente si prevede che, nella prospettiva di una efficace sollecita gestione del processo, il Tribunale disponga nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e provveda altresì a disciplinare ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

Nell'ambito dei provvedimenti da assumersi per una efficiente gestione del processo il Tribunale dovrà altresì disporre a carico delle parti la pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti alla azione di classe.

Si tratta quindi di una istruttoria deformalizzata che si discosta significativamente dalla sequenza procedimentale ordinariamente prevista per il processo di cognizione.

Potranno così essere evitati, in tutto o in parte, gli scambi di memorie di cui all'art. 183 c.p.c. che spesso conducono proprio a quelle "indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti" che il Tribunale è chiamato ad evitare.

La facoltà per il giudice di esercitare ampi poteri ordinatori per la disciplina del procedimento, anche sotto il profilo istruttorio, si accompagna – come è già stato ricordato – alla previsione secondo cui con l'ordinanza ammissiva dell'azione il Tribunale determina altresì il corso della procedura.

Le richiamate disposizioni perseguono un obiettivo di efficienza che certamente merita di essere condiviso e consentono al giudice di modellare l'iter del processo secondo le effettive esigenze del contraddittorio che emergeranno nelle singole vicende oggetto di controversia.

#### **10. LA SENTENZA DI ACCOGLIMENTO: CONTENUTO ED EFFETTI**

La nuova disciplina relativa al contenuto della sentenza di accoglimento dell'azione di classe si discosta significativamente da quella prevista dall'originario testo dell'art. 140-*bis*, mai entrato in vigore.

Viene abbandonato il complesso meccanismo in base al quale il Tribunale avrebbe dovuto (soltanto) determinare i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o restituire ai singoli consumatori od utenti e l'impresa avrebbe dovuto a sua volta formulare una proposta di pagamento con la previsione, in difetto di tale proposta, della istituzione della camera di conciliazione, soluzione che aveva suscitato fondate critiche in ordine alla sua efficacia e percorribilità.

Le nuove disposizioni in materia (art. 140-*bis* comma 12) prevedono che, in caso di accoglimento della domanda, il Tribunale pronunci sentenza di condanna con la quale liquida, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme.

La previsione esplicita che fa obbligo al giudice di procedere alla liquidazione delle somme dovute a coloro che hanno aderito all'azione (ma deve ragionevolmente intendersi anche a coloro che hanno proposto l'azione) è particolarmente significativa ed opportuna.

Attraverso tale previsione si consente al giudice di procedere ad una liquidazione equitativa anche nell'ipotesi in cui non sussistano le condizioni che ordinariamente permettono di supplire all'impossibilità della prova del danno risarcibile nel suo preciso ammontare.

Indipendentemente dagli elementi di prova forniti dalle parti, quindi, il giudice potrà procedere alla valutazione equitativa delle somme dovute, evitando in tal modo che le eventuali lacune o imprecisioni degli elementi probatori riferiti alla quantificazione delle somme richieste si risolvano in un pregiudizio specialmente per gli aderenti all'azione collettiva, che stanno in giudizio senza ministero di difensore.

Qualora l'azione abbia ad oggetto i diritti vantati nei confronti di gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità il tribunale dovrà tenere conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate (il riferimento è alle previsioni dell'art. 101 codice del consumo che prevede che le norme di settore possono stabilire, per determinati enti erogatori di servizi pubblici, l'obbligo di adottare apposite carte dei servizi le quali, unitamente agli standard di qualità del servizio erogato contengono altresì previsioni degli indennizzi riconosciuti agli utenti in caso di irregolarità o ritardi che danneggino gli utenti).

Per espressa previsione normativa la sentenza di accoglimento dell'azione di classe, i cui contenuti sono stati sinteticamente enunciati in precedenza, non è immediatamente esecutiva secondo le ordinarie regole codicistiche ma lo diviene soltanto decorso 180 giorni dalla sua pubblicazione (per effetto della recente riforma processuale, di cui alla legge 18 giugno 2009 n. 69, tale termine coincide con il c.d. termine lungo per l'impugnazione che dall'originaria durata di 1 anno è oggi ridotto a 6 mesi dalla pubblicazione della sentenza; la norma, peraltro, sembra consentire l'interpretazione secondo cui l'esecutività della sentenza sopravviene decorso il termine di 180 giorni dalla sua pubblicazione, indipendentemente dalla impugnazione o dal passaggio in giudicato).

Il periodo di quiescenza tra la data della pubblicazione della sentenza e la sua esecutività è finalizzato, nella logica del legislatore, a favorire l'adempimento spontaneo da parte dell'impresa convenuta e soccombente.

E' infatti previsto che il pagamento delle somme liquidate dalla sentenza (oppure determinabili sulla base dei criteri omogenei di calcolo in essa dettati) è esente "*da ogni diritto e incremento*" anche per interessi maturati dopo la pubblicazione della sentenza. Come è stato in precedenza già evidenziato, inoltre, la sentenza di accoglimento dell'azione di classe fa stato anche nei confronti degli aderenti alla medesima, nei confronti dei quali quindi si determineranno gli effetti del giudicato ai sensi dell'art. 2909 cod. civ.

## **11. LA FASE DI APPELLO ED I PROVVEDIMENTI SULL'ESECUZIONE PROVVISORIA.**

Per quanto riguarda l'impugnazione della sentenza di accoglimento dell'azione di classe varranno le ordinarie regole del codice di rito, sia con riferimento ai termini dell'appello, sia con riferimento alle forme ed al procedimento in sede di gravame.

Particolari disposizioni sono invece previste per la fase (eventuale) relativa ai provvedimenti sull'esecuzione provvisoria in appello di cui all'art. 283 c.p.c.

Fermi restando i presupposti per la sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione della sentenza impugnata di cui all'art. 283 c.p.c. (gravi e fondati motivi) la norma prevede che la Corte di Appello debba altresì tenere 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.

E' attribuita altresì alla Corte di Appello, con previsione innovativa, la facoltà "comunque" di 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.

Si tratta di una disposizione assai razionale, essendo intuitiva la difficoltà e, in taluni casi l'impossibilità, in caso di riforma totale o parziale in sede di gravame della sentenza di accoglimento dell'azione di classe di procedere al recupero di somme – anche di modesto importo – nei confronti di un numero di soggetti potenzialmente molto elevato.

E' prevedibile che, quanto meno nelle vicende più rilevanti e complesse, le corti di appello saranno chiamate ad un difficile compito di contemperamento degli interessi in conflitto e saranno ragionevolmente propense a sospendere gli effetti esecutivi della sentenza impugnata a fronte della disponibilità dell'impresa soccombente in primo grado a depositare gli importi dovuti con le garanzie e le modalità che saranno di volta in volta individuate dal giudice di appello.

## **12. LE RINUNCE E LE TRANSAZIONI. LA SALVEZZA DELLE AZIONI INDIVIDUALI.**

A fronte delle preclusioni relative all'intervento nel giudizio ed alla proposizione di ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti nei confronti della stessa impresa (queste ultime consentite nei ristretti limiti temporali previsti per l'adesione alla iniziativa) il legislatore ha previsto alcune indispensabili cautele la cui omissione avrebbe potuto dare luogo a fondati dubbi di costituzionalità.

Da un lato è infatti previsto che le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti del giudizio non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito, che sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo.

Dall'altro lato è fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva.

Nell'un caso e nell'altro, tuttavia, è evidente come le due previsioni sopra richiamate, pur necessarie, non risolvano adeguatamente il problema riconnesso alla impossibilità di promuovere ulteriori azioni di classi per i medesimi fatti e nei confronti della medesima

impresa successivamente allo spirare del termine per l'adesione alla prima iniziativa proposta.

### **13. IL DIRITTO INTERTEMPORALE.**

Sono note le polemiche che hanno accompagnato l'approvazione dell'originario testo dell'art. 140-*bis* in ordine alla efficacia temporale della nuova normativa.

Da un lato, infatti, vi era chi sottolineava la natura processuale della azione collettiva introdotta nell'ordinamento, con conseguente sua applicabilità con riferimento a vicende lesive degli interessi e dei diritti dei consumatori e degli utenti che si fossero verificate anteriormente all'introduzione di tale nuovo strumento processuale di tutela dei diritti collettivi.

Dall'altro vi era chi riteneva invece che dovesse predicarsi la natura sostanziale delle nuove disposizioni, con conseguente irretroattività di esse sulla base dei principi generali.

La scelta del legislatore, non senza polemiche, si è orientata nella previsione espressa della irretroattività delle disposizioni dell'art. 140-*bis* che sono destinate quindi ad applicarsi *“agli illeciti compiuti successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge”*.

Ma la legge introduttiva del nuovo testo dell'art. 140-*bis* nel codice del consumo è destinata ad entrare in vigore anteriormente alla data oggi prevista per l'entrata in vigore della nuova normativa in tema di azioni collettive (che è il 1° gennaio 2010).

Si profila, quindi, in astratto, una parziale retroattività delle nuove norme, che sarebbero applicabili alle vicende che si verificano nel periodo tra l'entrata in vigore della legge modificativa dell'art. 140-*bis* ed il termine iniziale di entrata in vigore della disposizione novellata.

E' peraltro ipotizzato un intervento del legislatore che riconduca ad unità la fattispecie, prevedendo che l'entrata in vigore delle nuove disposizioni la nuova norma si applichi soltanto alle vicende successive alla sua entrata in vigore (e quindi soltanto per quelle successive al 1° gennaio 2010).

### **14. CONCLUSIONI.**

La breve disamina del contenuto del novellato art. 140-*bis* del codice del consumo ha consentito di evidenziare talune lacune ed imprecisioni che ben avrebbero potuto essere colmate nel lungo arco di tempo in cui la disciplina dell'azione di classe ha formato oggetto di discussione in sede parlamentare.



Anche talune scelte di natura sostanziale suscitano notevoli perplessità (prima tra tutte la definitiva opzione per la irretroattività della disciplina).

Ancora, l'aver operato in senso diametralmente opposto a quello in cui sembrano dirigersi la maggior parte delle esperienze di altri ordinamenti con riferimento all'ambito soggettivo di efficacia dell'azione di classe (adozione del sistema del *opt-in* anziché di quello dell'*opt-out*) non sembra una felicissima soluzione.

L'impressione complessiva è che la tutela collettiva risarcitoria degli interessi dei consumatori e degli utenti con la recente riforma risulti significativamente limitata e depotenziata, essendo evidentemente prevalsa in sede parlamentare la preoccupazione di non esporre le imprese ai rischi connessi ad un efficace sistema di azioni collettive dei consumatori e degli utenti.

E' in questa prospettiva che, allo stato, può dirsi che l'azione di classe è uscita, dopo lunghe discussioni, declassata.