



GRUPPO DI INIZIATIVA FORENSE

Si è tenuta a Verona lo scorso 31 gennaio, organizzata dal Gruppo di Iniziativa Forense e col patrocinio dell'Ordine di Verona e dell'OUA, una tavola rotonda sull'interpretazione della nuova normativa dell'azione collettiva risarcitoria alla quale hanno partecipato gli avvocati Paolo Fiorio e Monica Multari del Movimento Consumatori, l'avv. Giannantonio Danieli, coordinatore della Commissione Deontologica dell'Ordine degli Avvocati di Verona e l'avv. Antonio Rosa, Segretario dell'Unione Triveneta dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati.

Il confronto tra operatori ci ha consentito di mettere a fuoco ed invitato ad approfondire alcuni profili della nuova normativa traendone qualche convincimento, che quale "primo" utile spunto di discussione mettiamo a disposizione. Ringraziamo i Colleghi Antonio F. Rosa e Giannantonio Danieli che ne hanno curato la redazione e l'avv. Andrea Pasqualin per il contributo. Attendiamo i contributi e le osservazioni di tutti per aprire un dibattito ed arricchirlo ulteriormente.

Art. 140-bis - (Azione collettiva risarcitoria).

1) La natura dell'azione e la differenza tra azione collettiva ed azione di classe.

Fino ad oggi di fronte ad attività illecite poste in essere dalle aziende ai danni di una pluralità di consumatori non era possibile per le associazioni dei consumatori esercitare un'azione collettiva risarcitoria con la conseguente necessità di agire singolarmente nei confronti della medesima azienda fonte dell'illecito perpetrato. L'azione collettiva introdotta - a favore di una pluralità indeterminata di soggetti- è stata inserita nell'ambito del codice del consumo; essa, quindi, può essere esperita solo per tutelare i diritti di consumatori e utenti (è, in definitiva, un ulteriore strumento di tutela dato al consumatore). E' stato, utilmente,

precisato che ci troviamo di fronte ad un'azione collettiva e non ad un'azione di classe.¹

¹ Si legga l'approfondito studio di Sergio Chiarloni in www.Judicium "*Per la chiarezza di idee in tema di tutele collettive dei consumatori*"; osserviamo come la confusione terminologica e sostanziale esistente nei diversi progetti di legge presentati ha trovato il suo apice nella Relazione al Disegno di legge Bersani ove si affermava: "Esso disciplina l'azione collettiva risarcitoria (meglio nota come «class action») a tutela dei consumatori e degli utenti, introducendo, nel nostro ordinamento, uno strumento processuale analogo a quello già sperimentato, con successo, in altri Paesi." Ancor più significativo è che poi il Relatore del cd. maxi emendamento, On. Ventura, si esprima così nel presentare la novità: "Particolare attenzione è dedicata alla tutela del cittadino consumatore, con l'introduzione della class action. L'azione collettiva risarcitoria", meglio conosciuta come class action, è uno strumento generale a tutela dei consumatori(...)"

L'azione di classe è promossa da un singolo nell'interesse anche di una pluralità di soggetti (la cd. classe) che si trovano nella stessa situazione giuridica necessitante della stessa tutela giurisdizionale. Si tratta di un'azione la cui sentenza vincola tutti gli appartenenti alla classe.

L'azione collettiva introdotta è invece esercitata da soggetti che quali "centri d'imputazione" sono enti esponenziali di interessi comuni di cui sono titolari esclusivi e jure proprio. Scopo di quest'azione è di ottenere la tutela avanti il Giudice degli interessi comuni. Le complicazioni, come vedremo, nascono dal fatto di avere poi inserito nella struttura dell'azione collettiva degli effetti tipici delle class action.

Il legislatore ha fatto una precisa scelta facendo riferimento alla sola tutela risarcitoria e restitutoria, conseguente ad illecito, anche contrattuale, e limitando il novero dei contratti di riferimento solo a quelli del 1342 c.c. e non escludendo dalla tutela i settori in cui operano Authorities.

Inoltre ha chiaramente optato per la struttura bifasica del procedimento.

Per il vero gli atti legislativi attinenti la formazione di questa legge sono scarni²,

² Nelle righe seguenti l'intera Relazione del deputato Michele Ventura in sede di discussione congiunta sulle linee generali dei disegni di legge n. 3256-a e n. 3257-a sul punto: "Particolare attenzione è dedicata alla tutela del cittadino consumatore, con l'introduzione della class action. L'azione collettiva risarcitoria», meglio conosciuta come class action, è uno strumento generale a

tutela dei consumatori. I vantaggi della «azione di gruppo» riparatoria e risarcitoria appaiono di tutta evidenza sia con riferimento ai tempi del processo, sia con riferimento alla certezza del diritto, che all'efficacia e alla equità del risultato. Il testo, nel mantenere fermo l'impianto dell'azione collettiva a tutela dei consumatori disciplinata nel testo approvato dal Senato, apporta però alcuni correttivi di carattere tecnico, al fine di attuare un corretto bilanciamento delle esigenze di tutela dei consumatori nel quadro dei principi costituzionali sul diritto di difesa.

Viene allargata la platea dei possibili destinatari: si specifica infatti che sono «legittimate ad agire le associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi». Viene inoltre introdotto il meccanismo del cosiddetto opt in che prevede che i consumatori che intendano avvalersi della nuova forma di tutela dovranno comunicare per iscritto a chi propone l'azione la loro adesione all'azione collettiva che potrà essere comunicata anche nel corso del giudizio d'appello fino all'udienza di precisazione delle conclusioni. Inoltre nel giudizio promosso sarà sempre ammesso l'intervento dei singoli consumatori che potranno proporre domande sullo stesso oggetto.

Inoltre, il meccanismo di opt in, senza richiedere l'intervento in giudizio di ciascun consumatore (facoltà, questa, che comunque non viene preclusa, ma espressamente prevista), permette di celebrare un processo con due sole due parti (l'associazione che propone l'azione collettiva e l'impresa convenuta), ma di estendere, poi, gli effetti della sentenza che conclude il processo collettivo nei confronti di coloro che hanno semplicemente aderito all'azione. Alla prima udienza il tribunale determinerà in tal modo un primo «filtro», sull'ammissibilità della domanda, dichiarandola inammissibile se manifestamente infondata, qualora sussista un conflitto di interessi o quando il giudice dovesse non ravvisare l'esistenza di un interesse collettivo. Il giudice può differire la pronuncia sull'ammissibilità quando, sul medesimo oggetto, è in corso una istruttoria davanti ad un'Autorità indipendente e stabilirà i criteri secondo i quali erogare ai singoli l'eventuale risarcimento."

Utali spunti interpretativi possono essere colti rapporto approvato dalla commissione giustizia del Senato il 18.12.2007 sullo stato di previsione del ministero della giustizia e relativa nota di variazioni (disegni di legge n.1818-B e 1818-quater, Tabella 5 e 5-quater)

e sulle parti corrispondenti del disegno di legge n. 1817-b:

“in riferimento all'introduzione dell'istituto dell'azione collettiva risarcitoria a tutela degli interessi dei consumatori, al fine di meglio precisare e rendere compiutamente efficace il contenuto e data la sua finalità esplicita, parrebbe in primo luogo necessario estendere la legittimazione attiva all'utilizzo di tale strumento di giustizia a tutti i cittadini. Si dovrebbero, cioè, disciplinare i diritti e gli interessi diffusi non ancora prescritti, alla data di attivazione della procedura giudiziale, di tutti i cittadini e non solo quelli dei consumatori e degli utenti. La suggerita estensione contribuirebbe a chiarire, peraltro, l'esperibilità dell'azione da parte dei risparmiatori e degli investitori per la cui tutela tale norma è stata inizialmente proposta. Risulterebbe altresì necessario intervenire affinché i cittadini danneggiati che intendano avvalersi della tutela prevista dalla norma in questione, possano partecipare al processo sia aderendo collettivamente per il tramite dell'ente associativo promotore dell'azione, sia individualmente in maniera diretta. Tale adesione propedeutica dei cittadini all'ente promotore dell'azione collettiva permetterebbe non solo di far fronte agli obblighi a lui imposti dalla novella legislativa, ma costituirebbe garanzia, grazie al vincolo associativo, della sua effettiva rappresentatività che assumerà particolare rilievo per formare la valutazione del giudice nell'individuazione del dominus, in caso di richieste concorrenti. Resterebbe, comunque, garantita la possibilità per gli altri cittadini di intervenire direttamente nel procedimento. Si suggerisce, inoltre, di intervenire affinché il giudice adito, qualora sia possibile allo stato degli atti, possa determinare la somma da corrispondere a ciascun cittadino danneggiato e, in tal caso, che la sentenza nella azione collettiva risarcitoria abbia immediata efficacia ed esecutività di giudicato, ai fini del risarcimento nei confronti di tutti i soggetti costituiti direttamente o per il tramite dell'ente associativo. Qualora poi lo sviluppo del processo non consenta al giudice di pervenire ad una precisa determinazione della somma da corrispondere ai cittadini danneggiati, si ritiene opportuno che il Presidente del tribunale competente possa costituire un'unica commissione di liquidazione giudiziale invece della camera conciliatoria attualmente proposta. La camera conciliatoria stragiudiziale potrebbe, infatti, non pervenire alla definizione della causa collettiva, con il rischio del radicarsi di ulteriori defatiganti ed onerosi contenziosi individuali, determinando,

la discussione nelle Commissioni Giustizia e nel dibattito parlamentare furono frustrate dai tempi ristretti e dal fatto che il Governo pose la “fiducia”, il che non aiuta il lavoro dell'interprete.

2. L'impatto della azione sull'economia e sul sistema processuale.

Quale sarà l'impatto della nuova azione sul piano dell'economia e su quello del sistema processuale?

La confederazione degli industriali teme che il provvedimento costituisca «un nuovo pesante disincentivo a investire nel nostro paese».

I timori originari appaiono in parte oggi ingiustificati. La normativa, infatti, nel passaggio dal Senato alla Camera ha subito dei correttivi, tra cui il preventivo vaglio di ammissibilità. Non è stato introdotto il “punitive damage” della class action americana (incompatibile con il ns. ordinamento, vedi sul punto la recente sentenza Cass. n. 1183 del 2007³), fonte di notevole distorsioni sull'economia; si è evitato che il proponente potesse scegliere il Tribunale a cui rivolgersi per iniziare l'azione (prevenendo perversi fenomeni di “forum shopping”) prevedendo la

tra l'altro, un ulteriore ingolfamento delle nostre, già sovraccariche, corti di Giustizia; sollecita inoltre il Governo ad intervenire sulla normativa vigente al fine di snellirne le procedure e renderle più efficaci”

³ “L'idea della punizione è estranea alla responsabilità civile. Il risarcimento del danno è fondato esclusivamente sull'esistenza di una lesione e sulla prova delle conseguenze pregiudizievoli sofferte dal danneggiato. Ai fini del risarcimento rimangono indifferenti la condotta del danneggiante, lo stato di bisogno del danneggiato e la capacità patrimoniale dell'obbligato.”

competenza territoriale del foro ove ha sede l'impresa; come detto, si è ristretta l'azione ai casi di illeciti contrattuali realizzati nell'ambito dei rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo moduli o formulari ex art. 1342 codice civile o agli illeciti extracontrattuali che riguardano il consumatore o l'utente. La limitazione non è di poco conto, atteso che l'esperienza americana ci insegna come le *class actions* abbiano avuto minore applicazione proprio nel settore del consumo. Uno dei punti critici della normativa rimane il fatto che la quantificazione delle somme da corrispondere al singolo consumatore/utente è affidata ad un secondo giudizio. Rinviando alla successiva azione individuale per il risarcimento del danno il numero delle controversie, in caso di mancata conciliazione, sembra destinato ad aumentare piuttosto che a diminuire. Con effetti dannosi per il "già affaticato" sistema giustizia e per le stesse imprese che si troverebbero esposte anche alle successive azioni proposte dai singoli soggetti lesi.

La previsione del foro ove ha sede l'impresa ha poi il vantaggio di consentire la riunione delle cause promosse da diversi colegittimati avanti lo stesso giudice.

Invero il successo delle azioni collettive dipenderà dal numero d'adesioni che riuscirà a raggiungere. Un esempio concreto può essere fatto con riferimento

alla vicenda dei vecchi contatori del gas, che segnalavano consumi superiori a quelli effettivi. Se le stime fornite sono veritiere ed estendibili a tutta Italia, le reti di fornitura del gas avrebbero distribuito mezzo miliardo di metri cubi in meno all'anno rispetto a quanto risulta nelle bollette, con una stima di danni forfetari per 120-150 euro a famiglia. Il numero degli aderenti all'azione diventa decisivo; infatti in un'azienda municipalizzata di un centro di quarantamila abitanti, stimando gli utenti intorno ai diecimila, si avrebbe un potenziale valore economico dell'azione di euro 1.200.000 – 1.500.000 ed un costo legale di euro 120.000 - 150.000 euro, (ipotizzando un patto di quota lite del 10% accettato dagli aderenti).

Ovviamente sono cifre importanti e numeri che in caso di mancato accordo darebbero corso ad un elevato numero di cause seriali capaci di intasare l'ufficio giudiziario competente.

Il vero problema, da molti non debitamente considerato, sarà per le imprese quello di prevedere correttamente nei bilanci queste "poste passive contenziose".

Riconoscendo l'applicazione tra i colegittimati del principio "secundum eventum litis" non è stato introdotto (come richiesto dagli imprenditori), il divieto di reiterazione d'azioni collettive da parte dei colegittimati nei confronti dello stesso convenuto in relazione a una medesima fattispecie; la scelta era obbligatoria per

rispettare i ns. principi costituzionali e processuali. Osserva il prof. Chiarloni (op.cit.) “è da ritenere ben difficile che altre associazioni vogliano correre il rischio di proporre nuovamente una domanda che è già stata dichiarata infondata, a meno che la declaratoria d’infondatezza non derivi da lacune nella difesa nella conduzione del primo processo, -volontarie o no qui non importa- oppure da una dichiarata insufficienza di prove. Nei quali casi mi

sembra più che opportuna la riproponibilità della domanda ad opera di un diverso legittimato, a tutela del suo diritto di azione e conseguentemente degli interessi dei consumatori.”

Si è tralasciato di percorrere la via della conciliazione preventiva non essendo preventivabile il numero dei soggetti aderenti all’azione, e quindi per la difficoltà di prevedere per le parti l’alea connessa al prosieguo del contenzioso.

Art. 140-bis - (Azione collettiva risarcitoria).

1. Le associazioni di cui al comma I dell’articolo 139 e gli altri soggetti di cui al comma 2 del presente articolo sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti richiedendo al tribunale del luogo in cui ha sede l’impresa l’accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell’ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell’articolo 1342 del codice civile, ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi diritti di una pluralità di consumatori o utenti.

1. I casi d’applicabilità dell’azione

Si è evidenziato da alcuni come un limite della nuova normativa sia costituito dal riferimento ai soli contratti stipulati ai sensi dell’art. 1342 c.c.; essa vale, pertanto, solo per i contratti in cui viene adoperato uno “schema predisposto per più contratti” (Cassazione civile sez. III 14.02.2006 nr. 3184: “per potersi configurare l’ipotesi contemplata nel comma 2 dell’art. 1341 c.c. in tema di condizioni generali di contratto, non è

sufficiente che uno dei contraenti abbia predisposto l’intero contratto al quale l’altra parte ha prestato adesione, ma occorre che lo schema negoziale sia preconstituito e le condizioni generali siano determinate, mediante appositi strumenti (moduli o formulari) in vista dell’utilizzazione per una serie indefinita di rapporti”). Viceversa non vale allorquando ci si trovi di fronte a contratti conclusi senza alcuna predisposizione di

schema contrattuale o se si acquista un prodotto al dettaglio.

Mentre il consumatore è definito dalla lettera a) dell'art. 3 del Dlgs 206/2005 come "la persona fisica che agisce (acquistando ed utilizzando beni o servizi) per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta", nel concetto di "utente" (non definito dalla legge) rientrano tutti coloro che utilizzano in base ad un contratto un servizio pubblico di rete, come, per esempio, l'erogazione dell'elettricità, dell'acqua, del gas, ecc. od un servizio privato di rete come, per esempio, la telefonia, l'accesso ad Internet, i servizi di trasporto (anche quelli pubblici), ecc. L'utenza è infatti l'utilizzazione condivisa di un servizio collettivo, prestato continuativamente, ed erogato dal "servizio pubblico". Il nuovo Codice del Consumo nell'art. 101 garantisce all'utente il riconoscimento dei diritti previsti dalle leggi dello Stato e delle Regioni, rinviando a tali leggi per la definizione.

Per il vero la definizione di consumatore non è univoca all'interno del codice del consumo; infatti con riferimento alle pratiche commerciali scorrette l'art. 5 qualifica "consumatore", ai fini informativi, la persona fisica destinataria delle informazioni commerciali, e quindi anche colui che si trova in una fase antecedente l'acquisto. Una terza definizione di consumatore è poi presente nell'art. 18, con riferimento alla pubblicità

ingannevole, qui visto come soggetto passivo dell'informazione pubblicitaria. Concludendo, per comprendere il destinatario della tutela collettiva si dovrà far riferimento a tutte e tre le classificazioni sopraindicate a seconda che si versi nell'una o nell'altra ipotesi considerata dal legislatore.

Si comprende pertanto perché il legislatore abbia sentito il bisogno di fare riferimento anche agli "atti (rectius: fatti) illeciti extracontrattuali" che riguardano il consumatore e l'utente.

Un altro caso a cui si può pensare per gli atti illeciti è quello della "responsabilità del produttore".

Infine l'azione collettiva è proponibile nell'ipotesi di pratiche commerciali illecite (artt. 27 e segg. del Codice del consumo) e di comportamenti anticoncorrenziali (es. intese restrittive della concorrenza vietate dalla legge nazionale antitrust, Legge n. 287 del 1990) messi in atto da società fornitrici di beni e servizi nazionali e locali, sempre che ledano i diritti di una pluralità di consumatori o utenti. Ma in questo caso – se l'Antitrust si è già attivata – l'azione collettiva è sospesa dal giudice fino alla pronuncia dell'Autorità.

2. Risoluzione o dell'annullamento dei contratti

La legge regolando solo la restituzione o il risarcimento non si occupa dell'eventuale risoluzione o dell'annullamento dei contratti di cui all'art. 1342 c.c.; per cui la stessa rimane regolata dalle norme vigenti

ed affidata all'iniziativa di tutela promossa dal singolo consumatore. All'accoglimento della domanda "collettiva" non consegue per i contratti interessati dall'azione una declaratoria di

risoluzione e/o una declaratoria d'annullamento o di nullità.

Solo l'interveniente nella causa potrà richiedere la risoluzione del singolo contratto, non certo l'aderente all'azione collettiva che non è "parte" processuale.

Art. 140-bis - (Azione collettiva risarcitoria).

1. Le associazioni di cui al comma I dell'articolo 139 e gli altri soggetti di cui al comma 2 del presente articolo sono legittimati ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti (omissis)

2.. Sono legittimate ad agire ai sensi del comma 1 anche associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere.

1. La legittimazione attiva.

La questione della legittimazione sostanziale ad agire è stata oggetto di discussioni già nella Commissione giustizia della Camera e poi nell'iter d'approvazione della Finanziaria; dopo un'iniziale restrizione, la legittimazione è stata riconosciuta anche ad associazioni e comitati che siano adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere (non solo alle associazioni iscritte presso il ministero) e senza alcun previo riconoscimento amministrativo (come prevedeva il testo approvato al Senato prima della modifica alla Camera).

La limitazione lasciava qualche perplessità in quanto da un lato determinava una disparità di trattamento tra categorie (discriminando le Associazioni che tutelano interessi specifici rispetto alle consumeristiche

generaliste) e dall'altro limitava, di fatto, il diritto all'associazionismo ed all'azione.

La normativa prevede due diverse tipologie di soggetti legittimati ad esperire l'azione collettiva risarcitoria:

- le associazioni dei consumatori maggiormente rappresentative, iscritte ⁴presso il Ministero dello Sviluppo Economico; queste – legittimate ex lege – devono limitarsi a documentare l'iscrizione presso questo registro.
- le associazioni ed i comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi

⁴ risultano iscritte al 25-07-2006: ACU - Associazione Consumatori Utenti, Adiconsum, ADOC, ADUSBEF, Centro Tutela Consumatori Utenti, Cittadinanzattiva, Codacons, Confconsumatori, Assortenti, Federconsumatori, Lega Consumatori, Movimento Consumatori, Movimento Difesa del Cittadino, Unione Nazionale Consumatori, La Casa del Consumatore, CODICI/Centro per i Diritti del Cittadino.

collettivi fatti valere.⁵ Questi per giustificare la propria legittimazione dovranno dedurre e documentare il requisito della “adeguata rappresentatività”.

L’ampliamento dei soggetti legittimati è stato opportunamente bilanciato con la previsione di un giudizio sull’ammissibilità dell’azione.

Occorre precisare, come osservato da Amadei, che per “legittimazione ad agire” non si fa riferimento “al presupposto processuale”, per cui chi agisce in giudizio deve affermarsi titolare del diritto azionato, in quanto “nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui” (art. 81 c.p.c., seconda parte). Qui si tratta invece della effettiva titolarità del diritto e dell’azione, come problema di merito: laddove l’associazione attrice sia carente di tale legittimazione, il giudice adito dovrà pronunciare sentenza di rigetto della domanda nel merito.

L’azione non può esperirsi in via preventiva, ma solo in presenza di un danno già sofferto dai consumatori o utenti.

2. L’adeguata rappresentatività.

Il legislatore ha abbandonato l’idea che la rappresentatività debba essere subordinata ad un “provvedimento amministrativo da concedersi alla luce di criteri dai quali può

⁵ Un'altra ipotesi di legittimazione “estesa” alle “associazioni dei professionisti e Camere di Commercio” si trova all’art. 37, in tema di

emergere un’idoneità dell’ente esponenziale a promuovere efficacemente la tutela dei consumatori in astratto, ma che non può tenere conto del ben più importante aspetto della sua idoneità in relazione alle circostanze del singolo caso concreto in cui si trova a voler agire (...)⁶

Si apre quindi un problema su cosa debba intendersi per adeguata rappresentatività. E’ stata avanzata l’ipotesi che si debba far riferimento ai criteri di cui all’art. 137 del cod. cons., oppure si è richiamata la giurisprudenza in ordine alla maggiore rappresentatività (ad esempio quella delle associazioni sindacali). I criteri utilizzabili a tal fine sono i seguenti: consistenza numerica dei soggetti rappresentati; ampiezza e diffusione delle strutture organizzative, sia territorialmente, sia settorialmente; partecipazione attiva alla tutela collettiva dei consumatori e degli utenti. Invero qui non si fa riferimento al principio della “maggiore rappresentatività”, ma di “adeguata rappresentatività”.

Si può ipotizzare che la stessa possa essere valutata facendo riferimento al contenuto dell’atto costitutivo e dello statuto in relazione all’interesse collettivo fatto valere. Occorrerà ad esempio vedere in concreto se il “comitato” si sia costituito con la finalità di tutelare il consumatore. D’altro canto proprio in riferimento alla

azione inibitoria nei confronti delle clausole abusive

⁶ A. Giussani: La tutela di interessi collettivi nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori, in *Danno e resp.*, 1998, 1061

tutela inibitoria la dottrina⁷ aveva precisato che l'associazione agisce per un interesse proprio, corrispondente agli scopi statutari, atteso che l'interesse collettivo protetto non è dato dalla somma degli interessi individuali.

Una riprova in tal senso sarebbe costituita dal fatto che l'azione collettiva promossa dalle associazioni viene iniziata in assenza di "adesioni" (che, a nostro avviso, possono intervenire solo dopo il giudizio di ammissibilità).

Uno dei problemi che verrà certamente ad evidenziarsi è quello di valutare se dopo l'introduzione del 140 bis, stante l'identità dell'interesse collettivo tutelato, sia ancora "ragionevole" e costituzionalmente giustificabile escludere le "altre associazioni ed i comitati" dalla legittimazione a proporre le azioni inibitorie del 140 (e 37) cod. consumo.

3. L'eccezione di carenza di legittimazione attiva.

Stabilire qual'è il momento in cui deve essere eccepita la carenza di legittimazione attiva dipende dalla "natura" dell'eccezione.

Nell'azione collettiva il proponente non rappresenta i diritti dei singoli consumatori, ma come ente esponenziale di un interesse collettivo dei consumatori agisce per un interesse proprio.

Ci troviamo quindi di fronte ad una legittimazione non processuale, ma "propria" e sostanziale.

La situazione non può dirsi mutata per effetto del quarto comma (efficacia di giudicato verso gli aderenti all'azione).

Come meglio vedremo appresso, l'adesione comporta l'estensione degli effetti del giudicato a coloro che aderiscono all'azione, ma non comporta che gli aderenti diventino parte nel processo, riducendosi tale istituto ad una mera dichiarazione di volersi avvalere della nuova forma di tutela collettiva. A ciò si aggiunga il fatto che i titolari dei relativi crediti di risarcimento sono e restano i singoli consumatori e non le loro associazioni o comitati.

Resta pertanto escluso ogni riferimento alla sostituzione processuale, di cui all'art. 81 c.p.c. in relazione ai singoli consumatori. Non a caso, già con riferimento all'azione inibitoria, la prevalente dottrina aveva escluso che potesse parlarsi di sostituzione processuale, peraltro nel nostro ordinamento ammessa solo nei casi espressamente previsti dalla legge.

Inoltre, anche con riferimento agli aderenti, il fatto che l'adesione venga effettuata mediante comunicazione al solo proponente porta ancora una volta ad escludere che si tratti di sostituzione processuale (non essendo peraltro possibile in incertam personam).

Atteso che l'aderente non è parte processuale e non vi è spendita del nome dell'aderente nel processo, sarebbe parimenti improprio qualsiasi riferimento anche all'art. 77 c.p.c., essendo altresì

⁷ Zuddas in Resp. Civ. e Prev. 2007, 6, 1458

evidente che mai il consumatore aderente potrebbe intervenire estromettendo del tutto dal giudizio l'associazione (facoltà processuale che invece spetta al rappresentato nei casi di cui all'art. 77 c.p.c.).

Da questi presupposti (e cioè dal fatto che non ci si trova di fronte ad un'ipotesi ex art. 81 cpc o altrimenti riconducibile all'art.77 cpc) deriva che la carenza di legittimazione attiva del proponente non è eccezione rilevabile d'ufficio dal Giudice, ma rientra tra le questioni di merito attinenti alla titolarità del rapporto

controverso e, come tale, soggetta alle normali regole processuali; l'eccezione, che rientra tra quelle in senso stretto, o verrà proposta prima di ogni altra difesa nei venti giorni precedenti la prima udienza oppure non potrà più essere proposta dalla parte nel processo.

Una conferma di ciò si trova nel comma 3° del 140 bis dove il legislatore, con riferimento al giudizio d'ammissibilità, non contempla tra i requisiti la questione dell'adeguata rappresentatività.

Art. 140-bis - (Azione collettiva risarcitoria).

2. Sono legittimate ad agire ai sensi del comma 1 anche associazioni e comitati che sono adeguatamente rappresentativi degli interessi collettivi fatti valere.

I consumatori o utenti che intendono avvalersi della tutela prevista dal presente articolo devono comunicare per iscritto al proponente la propria adesione all'azione collettiva. L'adesione può essere comunicata, anche nel giudizio di appello, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni. Nel giudizio promosso ai sensi del comma 2 è sempre ammesso l'intervento dei singoli consumatori o utenti per proporre domande aventi il medesimo oggetto. L'esercizio dell'azione collettiva di cui al comma 1 o, se successiva, l'adesione all'azione collettiva, produce gli effetti interruttivi della prescrizione ai sensi dell'articolo 2945 del codice civile.

1. L'adesione del singolo consumatore

Con riferimento all'adesione del singolo consumatore la relazione Parlamentare precisa: "Viene inoltre introdotto il meccanismo del cosiddetto *opt in* che prevede che i consumatori che intendano avvalersi della nuova forma di tutela dovranno comunicare per iscritto a chi

propone l'azione la loro adesione all'azione collettiva che potrà essere comunicata anche nel corso del giudizio d'appello fino all'udienza di precisazione delle conclusioni. Inoltre nel giudizio promosso sarà sempre ammesso l'intervento dei singoli consumatori che potranno proporre domande sullo stesso oggetto. Inoltre, il

meccanismo di *opt in*, senza richiedere l'intervento in giudizio di ciascun consumatore (facoltà, questa, che comunque non viene preclusa, ma espressamente prevista), permette di celebrare un processo con due sole due parti (l'associazione che propone l'azione collettiva e l'impresa convenuta), ma di estendere, poi, gli effetti della sentenza che conclude il processo collettivo nei confronti di coloro che hanno semplicemente aderito all'azione.”⁸

L'aderente non è pertanto parte del giudizio anche se accetta che la sentenza farà stato nei suoi confronti.

Di questo nuovo istituto non vi era traccia nell'emendamento approvato al Senato prima della modifica alla Camera (dalla quale è scaturito il testo attuale); lo stesso è frutto della confusione più volte ricordata in cui è incorso il legislatore tra azione collettiva ed azione di classe. Infatti, il cd. meccanismo di *opt in* è uno dei due modelli possibili di partecipazione all'azione di classe.

L'adesione del singolo consumatore è, pertanto, una dichiarazione di volersi giovare della decisione del Tribunale per ottenere il risarcimento del danno e, se del caso, la restituzione delle somme, partecipando alla conciliazione ed

accettando di subire l'eventuale effetto sfavorevole del giudicato. L'adesione, come è noto, deve essere comunicata per iscritto al proponente.

La legge null'altro prevede al riguardo, si limita a porre un termine finale (la precisazione delle conclusioni in appello) e non identifica un momento iniziale (anche se sembra difficile pensare ad un'adesione intervenuta prima della pronuncia sull'ammissibilità dell'azione).

Auspicabile una modifica che preveda da subito un'adesione “scritta e documentata”. Si possono avanzare perplessità sul fatto che essa possa avvenire (come il testo della legge si esprime) senza che il convenuto ed il giudice ne siano a conoscenza, attesi gli effetti previsti al secondo comma sull'interruzione della prescrizione, effetti che si verificherebbero a totale insaputa dell'obbligato. Appare opportuna un'interpretazione che preveda che le adesioni siano portate a conoscenza del giudice e della controparte: (i) per ragioni di verifica, quantomeno formale, delle stesse da parte del giudice; (ii) perché esse potrebbero influire sulla determinazione dei criteri di cui al quarto comma; (iii) per il rispetto del diritto di difesa del convenuto (che potrebbe voler interloquire circa le adesioni, ad esempio proprio in relazione alla determinazione dei criteri di cui al quarto comma; e comunque le determinazioni del convenuto potrebbero variare secondo le adesioni); (iv) per l'effetto interruttivo della prescrizione, che

⁸ Di questo meccanismo si trova traccia nelle proposte di legge Fabris, Grillini, Pedica e Poretti che prevedevano l'introduzione di un'azione di gruppo, in cui il giudicato è destinato a fare stato solo nei confronti dei danneggiati che hanno proposto l'azione e di quelli che abbiano successivamente aderito all'iniziativa attraverso un meccanismo di *opt-in*.

richiede un atto che sia conoscibile dal debitore.

L'adesione dovrà comunque avvenire sulla base di una consapevole conoscenza, non solo dell'an e del quantum della lite, ma anche di tutte le altre condizioni, in particolar modo di quelle riguardanti l'assistenza e i costi legali (sarà infatti frequente l'applicazione del cd. "patto di quota lite" sulla somma destinata al singolo consumatore che avrà aderito all'azione).

L'adesione dà diritto di partecipare alla Camera di Conciliazione, ma non automaticamente (occorre, infatti, una domanda, che sia supportata dagli elementi di fatto e probatori che giustificano la richiesta).

2. Proponente ed adesioni.

Uno dei problemi aperti è se il proponente debba o non accettare tutte le adesioni che gli pervengono e cosa succeda in caso di rifiuto da parte del proponente; ci si chiede se quest'ultimo abbia o meno un diritto di vagliare l'adesione del singolo consumatore. La risposta ci sembra negativa, anche perché l'aderente dovrà presentare una successiva domanda per partecipare alla Camera di conciliazione, salvo voler considerare l'adesione come una sorta di "mandato di natura sostanziale". Solo in questo caso la risposta sarà affermativa, essendo diritto del mandatario accettare o meno il mandato.

Con riferimento ai singoli, la sentenza farà stato nei confronti dei consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva (anche se non sono parti processuali) il che

può prospettare seri dubbi di costituzionalità.

Così come è strutturata, l'adesione del consumatore all'azione collettiva appare - per le considerazioni che seguiranno in ordine all'estensione del giudicato favorevole - di non grande utilità (salvo che per giovare degli effetti interruttivi); in linea strettamente pratica converrebbe "stare alla finestra".

Il giudicato, interessando soltanto i membri del gruppo che hanno aderito all'azione, può avere - pertanto- effetti soggettivi limitati.⁹

Il convenuto soccombente può pertanto avere un potenziale interesse a non impugnare la sentenza "collettiva" sfavorevole se il numero d'adesioni all'azione risulta limitato.

La legge determina il momento finale per poter aderire (udienza di conclusioni in appello); nulla dice per quello iniziale (ma come abbiamo detto difficile pensare ad una adesione prima del giudizio positivo di ammissibilità dell'azione) e nulla dice se le adesioni possano intervenire a contraddittorio "chiuso" (dopo le

⁹ Non è stato seguito l'esempio tedesco per la disciplina relativa all'estensione soggettiva del giudicato e ai rapporti tra processo collettivo e le cause individuali. In Germania tutti i processi singoli pendenti o comunque iniziati prima che sia intervenuta la decisione sulla questione comune, rilevante per la loro definizione, sono sospesi dal giudice di fronte al quale essi pendono; il provvedimento di sospensione ha anche l'effetto di chiamata in giudizio di fronte alla Corte di appello delle parti del giudizio individuale, per cui costoro, senza alcuna facoltà di autoescludersi, divengono automaticamente parti anche del procedimento collettivo (sistema di *opt in*).

conclusioni di primo grado e fino all'eventuale proposizione dell'appello). Con riferimento a questo problema, dal momento che tali adesioni si collocherebbero in una zona grigia (giudizio pendente, ma con contraddittorio "quiescente"), sottratta al controllo del giudice e del convenuto [se per le ragioni prima esposte si ritiene di condividere la

tesi che le stesse debbano essere portate a conoscenza del giudice e della controparte], pare sostenibile e preferibile pensare che le adesioni possano intervenire fino alla precisazione delle conclusioni in primo grado e poi dalla proposizione dell'appello alla precisazione delle conclusioni nello stesso.

Art. 140-bis - (Azione collettiva risarcitoria).

3. Alla prima udienza il tribunale, sentite le parti, ed assunte quando occorre sommarie informazioni, pronuncia sull'ammissibilità della domanda, con ordinanza reclamabile davanti alla corte di appello, che pronuncia in camera di consiglio.

La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi, ovvero quando il giudice non ravvisa l'esistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela ai sensi del presente articolo. Il giudice può differire la pronuncia sull'ammissibilità della domanda quando sul medesimo oggetto è in corso una istruttoria davanti ad un'autorità indipendente. Se ritiene ammissibile la domanda il giudice dispone, a cura di chi ha proposto l'azione collettiva, che venga data idonea pubblicità dei contenuti dell'azione proposta e dà i provvedimenti per la prosecuzione del giudizio.

1. Il giudizio sull'ammissibilità

Circa il giudizio sull'ammissibilità della domanda, lo stesso si svolge prima dell'eventuale fissazione dei termini di cui all'art. 183 cpc.

Si tratta di una preliminare pronuncia d'ammissibilità dell'azione, frutto di una scelta del legislatore, il quale ha evidentemente – nella salvaguardia degli interessi generali dell'economia – voluto evitare la prosecuzione d'azioni

palesamente infondate o prive dei requisiti legislativi che possano turbare il mercato.

Si ricorda, per un esatto inquadramento del provvedimento, che la manifesta infondatezza può essere paragonata all'assenza di circostanze tali da far apparire giustificata l'azione; si tratta, in altri termini, di un giudizio di probabilità in relazione all'esistenza del *fumus bonis iuris*, da effettuarsi anche attraverso presunzioni idonee a far apparire l'azione verosimilmente non priva di fondamento.

Per l'altra condizione d'ammissibilità, l'assenza di conflitto d'interesse, va fatto riferimento all'art. 137 del cod. del consumo 2° comma lettera f) e 3° comma. Non ci pare possa farsi riferimento all'eventuale conflitto d'interesse riguardante il singolo aderente (che non è parte nel processo, e di regola dovrebbe intervenire dopo il preventivo giudizio di ammissibilità dell'azione), perché così ragionando si finirebbe per far dipendere dall'adesione del singolo il diritto all'azione del proponente.

Da ultimo, si richiede la sussistenza di un interesse collettivo suscettibile di adeguata tutela. Non si tratta di una valutazione in ordine alla legittimazione del proponente e l'individuazione concreta delle fattispecie non potrà che farsi rispetto al singolo caso concreto.

Il giudizio di ammissibilità è un procedimento sommario, antecedente e necessario rispetto alla successiva fase di merito e l'esito positivo dello stesso costituisce una condizione dell'azione di merito.

Il giudice può differire la pronuncia sull'ammissibilità della domanda quando sul medesimo oggetto è in corso una istruttoria davanti ad un'autorità indipendente.

E' auspicabile che, nella prassi, il provvedimento individui le condizioni per l'adesione al gruppo.

I termini di cui all'art. 183 cpc potranno essere fissati solo dopo che siano decorsi

quelli per il reclamo e per l'adempimento delle formalità d'idonea pubblicità.

A tale riguardo, occorre osservare che l'idonea pubblicità, con riferimento alle adesioni, è il presupposto necessario per un regolare processo, che assicuri che gli effetti della sentenza si possano produrre nei confronti di tutti gli aderenti; è infatti necessario che agli interessati sia data la possibilità di partecipare al giudizio. In altri termini, tramite l'idonea pubblicità il legislatore ha inteso assolvere al principio per cui tutti i destinatari di una sentenza sono potenziali contraddittori necessari, nel senso che una sentenza non è validamente resa nei loro confronti se non è data la possibilità agli stessi di intervenire al giudizio (seppur nella particolare forma dell'adesione).

Il problema è però solo apparentemente risolto perché l'aderente è privato, non essendo parte del processo, del diritto di difendersi, di argomentare e di contraddire.

2. La chiamata in causa

In caso di chiamata in causa richiesta dal convenuto, il giudizio di ammissibilità, per il rispetto del contraddittorio, dovrà svolgersi solo dopo la chiamata del terzo; a tale conclusione induce non solo il richiamo contenuto nella norma alla "prima udienza" (che rimanda all'art. 183 cpc primo e secondo comma), ma anche il riferimento all'obbligo di "sentire le parti".

3. Il cumulo di domande (140 – 140 bis) e la proposizione dell'azione collettiva nel giudizio promosso dal singolo consumatore nel suo foro

In caso di cumulo tra l'azione di cui all'art. 140 (o quella del 37-4° comma) e quella di cui al 140 bis, (oltre al problema dovuto al fatto che ci si chiede se sia ancora "ragionevole" che le associazioni ed i comitati di cui al secondo comma del 140 bis siano esclusi dall'azione del 140) si possono porre problemi di competenza territoriale.

Il problema è, infatti, dato dalle differenti competenze territoriali: come è noto nessuna regola specifica è stata dettata nell'art. 140 cod. cons. per la competenza territoriale (anzi è stata espunta la parte che prevedeva nella prima stesura la competenza del foro ove aveva sede l'impresa convenuta). Ne consegue che la competenza territoriale dovrebbe essere determinata secondo i criteri del c.p.c. e quindi essere individuata nella sede del convenuto; tale soluzione contrasta con il principio del foro del consumatore, anche se, in materia di tutela d'interessi collettivi, il foro deve essere individuato come quello corrispondente alla sede dell'associazione rappresentativa.

Il cumulo non pare possibile perché l'art. 104 c.p.c., nel prevedere che domande formulate nei confronti della stessa parte (anche non altrimenti connesse) ed appartenenti alla competenza di giudici diversi possano essere proposte davanti al medesimo giudice a causa del vincolo di connessione soggettiva, consente la deroga (per espresso richiamo al comma 2 dell'art. 10 c.p.c.) alla sola competenza per valore, con la conseguenza che, se una delle

domande appartiene alla competenza territoriale di un giudice diverso, la deroga per soli motivi di connessione soggettiva non è consentita.

Tali considerazioni ci portano ad escludere la possibilità del cumulo delle domande.

A maggior ragione non è possibile una deroga alla competenza del 140 bis (foro dell'impresa convenuta), a meno che il convenuto l'accetti, e pertanto nell'ipotesi di causa risarcitoria promossa da un singolo consumatore nel proprio foro l'associazione non potrà come interveniente proporre l'azione ex art. 140 bis..

Ulteriori problemi sono dettati:

- dalla composizione (monocratica nelle azioni dell'art. 140 cod. cons., collegiale in quella del 140 bis), ma tali problemi sono agevolmente risolti dall'art. 281 nonies;
- dall'eventuale pronuncia di inammissibilità della domanda ex art. 140 bis con riferimento agli effetti sulla domanda ex art. 140 cod. cons. Sembra decisamente da escludere che la pronuncia di inammissibilità dell'azione collettiva possa travolgere l'azione di cui al 140 cod. cons. vedi art. 104 cpc).

Non si è prevista la sospensione necessaria dei processi eventualmente iniziati da singoli consumatori in pendenza dell'azione collettiva. Il provvedimento rimane pertanto affidato alla discrezionalità del singolo magistrato.

Art. 140-bis - (Azione collettiva risarcitoria).

4. Se accoglie la domanda, il giudice determina i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o che sono intervenuti nel giudizio. Se possibile allo stato degli atti, il giudice determina la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente. Nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa propone il pagamento di una somma, con atto sottoscritto, comunicato a ciascun avente diritto e depositato in cancelleria. La proposta in qualsiasi forma accettata dal consumatore o utente costituisce titolo esecutivo.

1. La sentenza di accoglimento L'azione collettiva si caratterizza per la presenza di due distinti momenti: il primo si chiude con la sentenza d'accoglimento dell'azione collettiva ed il secondo si concreta nella successiva azione individuale per il risarcimento del danno preceduto da una fase conciliativa.

2. La natura della sentenza di accoglimento

Circa la natura della sentenza emessa ai sensi del 4° comma si ritiene che si tratti di una sentenza di accertamento (anche laddove individui i criteri o determini la c.d. somma minima), che come tale non costituirebbe titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

Art. 140-bis - (Azione collettiva risarcitoria).

5. 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. E' 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.

1. Gli effetti della pronuncia verso i colegittimati

Quali sono gli effetti della pronuncia rispetto alle altre associazioni o comitati legittimati a far valere lo stesso interesse collettivo?

La tesi più accreditata rimane quella dell'estensione degli effetti della sentenza "secundum eventum litis" nel concorso soggettivo d'azioni (fattispecie analoga a quella prevista ad esempio in materia d'obbligazioni solidali, art. 1306 c.c.), nel senso che l'efficacia del giudicato si

estende ai colegittimati in caso d'esito favorevole mentre in caso contrario è limitata alle sole parti del giudizio.

Una conferma di ciò può essere anche data dal fatto che (a differenza d'altre proposte di legge) non è più previsto il divieto di riproposizione dell'azione collettiva in caso di soccombenza.

2. Gli effetti della pronuncia verso i singoli consumatori e gli aderenti

Il comma 5° attribuisce alla sentenza valore di "giudicato" nei confronti degli aderenti all'azione collettiva, così risolvendo la disputa legislativa sul problema della scelta tra i sistemi dell'*opt in* o dell'*opt out*, in quanto si lascia ai singoli interessati la decisione di aderire o meno al giudizio per avvalersi o meno degli effetti favorevoli della sentenza resa nel giudizio collettivo.

Un'efficacia del giudicato negativo estesa oltre la sfera dei soggetti che sono parte del giudizio, così come tratteggiata nella nuova normativa, pare scontrarsi necessariamente con il precetto dell'art. 24 della Costituzione, facendo sorgere seri dubbi di costituzionalità e di conformità ai principi processuali vigenti nel nostro ordinamento processuale. D'altro canto come osserva il prof. Chiarloni "l'estensione del giudicato favorevole si presenta quasi necessaria per l'effettività della tutela. Laddove l'estensione del giudicato sfavorevole incontra l'ostacolo della violazione del diritto di difesa del consumatore e della correlata *ratio* della

disciplina dei limiti soggettivi del giudicato"

Pare che, in qualche modo, il legislatore si sia ispirato all'art. 92 del c.p.p. (anche se questa norma riflette un meccanismo diverso: intanto l'ente esponenziale può agire, in quanto vi sia il consenso) che prevede la manifestazione espressa del consenso delle persone offese dal reato per l'esercizio dei diritti loro spettanti da parte di enti ed associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato. Infatti, come l'aderente, anche "la persona offesa" non ha veste di parte nel processo, qualora non si sia costituita parte civile, con la conseguenza che non ha il diritto di proporre appello avverso la sentenza e ne subisce gli effetti.

Si inserisce forse in quest'ottica di tutela del futuro aderente la valenza del preventivo giudizio di ammissibilità, nel quale si giudica l'idoneità della difesa degli interessi collettivi (in un'ottica solo parzialmente assimilabile a quello che è il procedimento camerale di *certification*, qui tendente a delimitare non la classe ma l'interesse collettivo individuato).

Con riferimento agli altri singoli consumatori, come precisa il prof. Bove, "l'oggetto dell'accertamento della sentenza collettiva è il fatto qualificato come anti giuridico", accertamento di cui ogni singolo consumatore può avvantaggiarsi..

Per tali ragioni non si comprende appieno l'utilità "giuridica" dell'introduzione del principio dell'estensione agli aderenti del

giudicato favorevole; pienamente comprensibile è invece la potenziale utilità “pratica” ai fini della successiva fase conciliativa.

Pleonastica appare la previsione degli effetti del giudicato nei confronti dei singoli consumatori intervenuti.

Non si dimentichi che, in ogni caso, l'imprenditore convenuto, risultato soccombente, può sempre difendersi in relazione al caso concreto del singolo consumatore (sostenendo ad esempio la mancanza di un danno risarcibile, del nesso di causalità o il difetto di prova), ma è innegabile il nesso tra i due accertamenti, anche se il primo è avvenuto in un processo “collettivo”, mentre il secondo attiene alle questioni che possono risultare controverse tra le parti in ordine alla sussistenza e quantificazione del danno.

Al di là dell'espressione adoperata nel 5° comma, si può concludere per l'estensione del giudicato favorevole (*secundum eventum litis*) anche al singolo

consumatore che non abbia partecipato o aderito al giudizio, fermo restando che nei suoi confronti non avrà nessun effetto preclusivo (se non come mero precedente) la sentenza sfavorevole.

3. La competenza territoriale delle singole cause risarcitorie dei consumatori

Per tutte le cause del singolo consumatore riprende vigore la competenza esclusiva del foro del consumatore (con i consequenziali rischi di conflitto di giudicato, ad esempio sui diversi criteri seguiti per il risarcimento da liquidare).

Art. 140-bis - (Azione collettiva risarcitoria).

6. Se l'impresa non comunica la proposta entro il termine di cui al comma 4 o non vi è stata accettazione nel termine di sessanta giorni dalla comunicazione della stessa, il presidente del tribunale competente ai sensi comma 1 costituisce un'unica camera di conciliazione per la determinazione delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori o utenti che hanno aderito all'azione collettiva o sono intervenuti ai sensi dei comma 2 e che ne fanno domanda. La camera di conciliazione è composta da un avvocato indicato dai soggetti che hanno proposto l'azione collettiva e da un avvocato indicato dall'impresa convenuta ed è presieduta da un avvocato nominato dal presidente del tribunale tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori. *La camera di conciliazione quantifica, con verbale*

sottoscritto dal presidente, i modi, i termini e l'ammontare da corrispondere ai singoli consumatori o utenti.

Il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo. In alternativa, su concorde richiesta del promotore dell'azione collettiva e dell'impresa convenuta, il presidente del tribunale dispone che la composizione non contenziosa abbia luogo presso uno degli organismi di conciliazione di cui l'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni, operante presso il comune in cui ha sede il tribunale. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni degli articoli 34 e 40 del citato decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e successive modificazioni.

1. La Camera di Conciliazione

Con riferimento alla conciliazione (comma 6°) si sottolinea che vi sono due strumenti alternativi: l'istituzione di una Camera di Conciliazione¹⁰ o il ricorso alla composizione non contenziosa presso gli organismi di conciliazione previsti all'art. 38 del decreto legislativo regolante la

¹⁰ Per una migliore disamina della problematica è forse opportuno evidenziare alcuni passaggi del testo legislativo come originariamente approvato al Senato e poi modificato con l'approvazione del c.d. maxi emendamento nell'attuale formulazione del 140 bis:

risultano soppresse dal precedente testo approvato al Senato le seguenti espressioni: al comma 7: il riferimento ai difensori dei proponenti l'azione di gruppo e del convenuto, quali componenti della camera; il riferimento al conciliatore di provata esperienza professionale; il riferimento alla sottoscrizione delle parti del verbale.

al comma 8. il riferimento al fatto che in caso di inutile esperimento della composizione di cui al comma 7, il singolo consumatore o utente può agire giudizialmente, in contraddittorio, al fine di chiedere l'accertamento, in capo a se stesso, dei requisiti individuati dalla sentenza di condanna e la determinazione precisa dell'ammontare del risarcimento dei danni riconosciuto ai sensi della medesima sentenza." Non si tralasci al riguardo l'importante novità rappresentata dall'introduzione delle adesioni all'azione, introdotta alla Camera e l'estensione del giudicato rispetto agli aderenti.

definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria.

Le parti hanno quindi a disposizione la scelta tra due forme di composizione del conflitto dopo la sentenza (pare logico affermare quella definitiva), anche se il favore del legislatore è chiaramente indirizzato verso la prima, concepita come uno sbocco naturale dell'esito della procedura collettiva.

L'attività della "camera di conciliazione" è, invero, finalizzata su domanda dell'aderente alla determinazione degli elementi necessari alla definizione della lite che la sentenza definitiva di accertamento ha, ex lege, lasciato indeterminati.

Come osservato dal Presidente del CNF, prof. Avv. Guido Alpa: "La gestione dei rimborsi individuali tramite una camera di conciliazione successiva alla decisione di accertamento e condanna della responsabilità dell'impresa implica il rovesciamento della logica giuridica processuale, perché la

conciliazione serve a prevenire le cause, altrimenti trattasi di una "camera di transazione".”

2. Questioni particolari

Il legislatore ha poi omesso di considerare alcuni aspetti:

- cosa succede della fase di conciliazione in caso di impugnazione della sentenza (non è prevista la sospensione dell'attività)

- cosa succede in caso di mancata indicazione del proprio avvocato nella camera di conciliazione da parte di una delle due parti (improcedibilità della conciliazione; difficile configurare in un procedimento conciliativo una nomina sostitutiva – al pari di quanto avviene nell'arbitrato- da parte del Presidente del Tribunale)

3. La posizione e la tutela dell'aderente e la fase conciliativa

L'aderente, come è noto, non ha nessuna veste processuale e non è minimamente tutelato in sede di conciliazione giudiziale, se non tramite il proponente.

Lo stesso è a dirsi nella conciliazione successiva alla definizione del giudizio di primo grado.

Non è prevista l'omologazione giudiziale o una forma di controllo, pur essendo pacifico che tra aderente e associazione vi può essere una discrepanza in concreto di interessi. Infatti il singolo consumatore è interessato anzitutto al maggiore riconoscimento economico.

La possibilità che gli enti esponenziali transigano anche a nome dei singoli

aderenti, senza alcuna procedura di consultazione e/o votazione va in futuro corretta; e la correzione potrebbe anche prevedere, come avviene in altri ordinamenti, una successiva verifica giudiziale di legittimità e/o anche di equità della transazione.

Ci si chiede se può configurarsi una responsabilità del proponente verso gli aderenti e la risposta è positiva nell'ambito degli istituti tradizionali del mandato. Infatti, se è pur vero che l'associazione proponente rappresenta un proprio interesse collettivo, è altresì vero che nei confronti di coloro che aderiscono finisce per agire come un mandatario¹¹.

¹¹E' difficile pensare ad altri Istituti poiché nel processo civile, l'istituto della negotiorum gestio è considerato inammissibile dalla dottrina prevalente, in quanto la tutela degli interessi in sede processuale è riservata al soggetto (attore) danneggiato.

ART. 2 - commi da 447 (legge finanziaria per il 2008 del 24 dicembre 2007, n. 244) Le disposizioni di cui al presente articolo diventano efficaci decorsi 180 giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge

1. Retroattività

Un ultimo problema cui si deve far cenno è quello della retroattività o meno dell'azione collettiva.

La finanziaria a tal riguardo non dice nulla, tanto che da più parti si era invocata l'introduzione di un divieto, ed un ordine del giorno impegnava il governo a chiarire la questione.

Secondo le associazioni dei consumatori non ci sarebbero dubbi sulla retroattività: la class action entrerà in vigore il 1°luglio 2008, ma in quanto strumento processuale, si applicherebbe anche ai fatti precedenti, purché i diritti dei consumatori non siano prescritti.

Invero la soluzione non mi pare così pacifica, trattandosi di nuova legittimazione "sostanziale", riguardante un interesse che compete jure proprio e che prima non sussisteva in capo alle associazioni; pertanto difficilmente può attribuirsi all'azione effetto retroattivo,

anche se il fatto generatore dell'interesse era preesistente.

In tal senso leggasi l'ordine del giorno G2.100 al ddl n.8817-B, nel quale si chiedeva di impegnare il Governo ogni idoneo provvedimento al fine di chiarire la questione dell'applicabilità anche a fatti precedenti alla data di entrata in vigore della legge, testualmente si afferma: "trattandosi di disciplina che innova gli strumenti di tutela giurisdizionale dei diritti, in base ai principi generali dell'ordinamento giuridico italiano essa dovrebbe applicarsi ai fatti successivi alla sua entrata in vigore"

Actio nondum nata non praescribitur, quest'aforisma latino pare in linea con la soluzione prospettata; diversamente ragionando il diritto all'azione delle associazioni verrebbe ad essere rapportato alle prescrizioni in cui è incorso il singolo consumatore (il che lascia qualche perplessità).

Gli aspetti deontologici

Gli aspetti deontologici rivestono una particolare importanza. Non a caso uno dei timori più volte avanzati nel corso dei lavori Parlamentari era la possibile

"mercificazione" delle azioni collettive da parte degli avvocati.¹²

Con riferimento agli aspetti deontologici si precisa che la legittimazione ad agire è

riservata alle associazioni, prive di scopo di lucro e che mai queste saranno beneficiarie in alcun modo dell'ammontare ricavabile dalle future liquidazioni a favore dei singoli consumatori; per queste ragioni l'ammontare di queste liquidazioni non potrà quasi mai determinare il valore della causa né costituire un risultato valutabile per la liquidazione degli onorari.

Un ulteriore problema è se il diritto al compenso si matura verso il proponente e/o verso i consumatori-utenti che hanno aderito; pare doversi escludere ogni rapporto "economico" con riferimento a questi ultimi per la difesa nel processo collettivo che resta spiegata in favore del solo proponente.

In ogni caso, sotto il profilo deontologico, appare opportuno che le condizioni per l'assistenza legale in favore dell'aderente, in qualsiasi fase, siano ben chiare ed espressamente accettate dallo stesso.

Ricordiamo che per il primo comma dell'art. 1261 cc. vige ancora il divieto di cessione all'avvocato della res litigiosa. Rimane però il problema che questo divieto non opera (Cassazione nr. 1319/1984) allorquando la controversia sia stata definita con sentenza passata in giudicato; appare opportuno inserire un canone deontologico che sanzioni espressamente anche l'eventuale successiva cessione, pure se per interposta persona.

Sempre in una prospettiva deontologica, si sottolineano due ulteriori punti:

¹² Molti timori erano giustificati in base all'esperienza nordamericana.

- l'Avvocato può rendersi organizzatore materiale, non "proponente" - attore di un'azione collettiva? La risposta va ricondotta facendo salvaguardia dei principi di dignità e decoro; inoltre deve essere resa compatibile con i limiti che gli artt. 17 e 17 bis CDF pongono alla "pubblicità" e con quelli fissati dall'art. 18 (rapporti con la stampa).

A tal riguardo deve ricordarsi che la pubblicità dell'azione, come disposta dal giudice, è attività del proponente, riguarda (e deve riguardare) l'azione e non l'avvocato...

Ulteriori problemi si pongono con l'art. 19 del codice deontologico (con riferimento al divieto di condotte dirette all'acquisizione di rapporti di clientela, fra l'altro, "con modi non conformi alla correttezza e al decoro" e che vieta di offrire, anche per interposta persona, prestazioni professionali, tra l'altro, in luoghi pubblici o aperti al pubblico). Ovviamente questo non significa escludere una "regia giuridica" dell'avvocato sulla fattibilità e nell'allestimento dell'azione collettiva.

- chi, sotto il profilo deontologico, è il cliente o l'assistito dell'Avvocato? l'associazione proponente l'azione o il consumatore/utente? Non si può

escludere che entrambi siano gli “assistiti” dell’Avvocato che patrocina la causa collettiva risarcitoria, anche se il mandante processuale risulta essere la sola associazione (o comitato). I diretti destinatari degli effetti dell’attività processuale dell’Avvocato sono, infatti, anche gli utenti/consumatori che hanno aderito. Si aprono su questo tema molti interrogativi su come l’Avvocato possa adeguatamente adempiere nei loro confronti nel rispetto dei canoni di cui all’art. 35 (consenso della parte assistita) e soprattutto del 40 (obbligo di informazione). Inoltre con riferimento all’art. 7 CDF (dovere di fedeltà), che vincola l’Avvocato ad operare in conformità agli interessi del proprio assistito, cosa succederà nell’ipotesi che interessi, o volontà, dell’associazione proponente e del (o di uno degli) utenti-consumatori non coincidano? Vanno a questo riguardo ricordati i doveri ai quali l’avvocato è tenuto anche nei confronti dei singoli consumatori-utenti, che comunque paiono suoi “assistiti” anche se “non mandanti alla lite”.

Infine vi sono da stabilire gli obblighi deontologici degli **avvocati-conciliatori** nella Camere di Conciliazione; sarebbe opportuno che fosse introdotto un canone deontologico che affermi anche per gli

stessi il rispetto dei doveri e l’assolvimento degli obblighi imposti all’avvocato, in tema d’arbitrato, dall’art. 55 CDF.

Anche l’avvocato designato dalle parti come conciliatore deve essere diverso da colui che ha patrocinato la causa, deve essere “terzo” per evitare un evidente potenziale conflitto di interessi e per non ingenerare dubbi di cointeressenza nella quantificazione delle somme nonché per rispetto dei principi comunitari che impongono l’indipendenza dei conciliatori.

Il **gratuito patrocinio**: come è noto gli enti e le associazioni che non perseguono scopi di lucro e non esercitano attività economiche hanno diritto al gratuito patrocinio (Art. 119 d.lg. 30 maggio 2002, n. 115); le conseguenze sono rilevanti in quanto verrebbero anticipate a carico dell’erario tutte le spese processuali, comprese quelle dell’idonea pubblicità, non potendosi dubitare che trattasi di “spese processuali” in senso stretto.

Il problema è se al riconoscimento di tale diritto sono d’ostacolo le condizioni economiche degli aderenti: la risposta sembrerebbe negativa, non essendo parti del processo ed essendo incerto il loro numero. Si pone però un rilevante problema deontologico (e morale) di un difensore che sarebbe retribuito dall’Erario e che potrebbe ulteriormente percepire compensi (anche rilevanti) da parte degli assistiti per la successiva fase conciliativa.....dello stesso processo).