

Nuova class action: tra tutela dei diritti soggettivi omogenei ed interessi a valenza collettiva Articolo 19.11.2012 ([Mirca Sacchi](#))

Sommario:

- [1.1. Premesse: Gli strumenti di tutela collettiva e la loro funzione promozionale di comportamenti virtuosi da parte dell'impresa.](#)
- [1.2. Il progressivo allargamento del fronte della tutela consumeristica dagli interessi collettivi ai diritti soggettivi seriali.](#)
- [2.1. L'art. 140 bis cod. cons. e la differenza con le azioni previste agli artt. 139 e 140 cod. cons.: Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva.](#)
- [2.2. L'azione di classe e l'art. 140 bis cod. cons. nella sua nuova formulazione.](#)
- [2.3. La class action nell'esperienza statunitense: il modello dell'opt-out e la certification](#)
- [2.4. La class action all'italiana: il modello dell'opt-in e l'atto di adesione.](#)
- [2.5. Il giudizio-filtro di ammissibilità dell'azione.](#)
- [2.6. I limiti soggettivi ed oggettivi all'azione di classe.](#)
- [3. Mediazione e class action](#)

1.1. Premesse: Gli strumenti di tutela collettiva e la loro funzione promozionale di comportamenti virtuosi da parte dell'impresa

Sin da suo primo esordio nel panorama giuridico italiano, la disciplina dell'azione di classe, dettata per la prima volta con l. 24.12.2007, n. 244, ha vissuto un *iter* normativo ed applicativo particolarmente travagliato, in quanto la sua originaria versione non è mai entrata in vigore ed il testo dell'art. 140 bis cod. cons. è stato oggetto in pochi anni di ben due consistenti modifiche che ne hanno profondamente ridisegnato l'assetto normativo ^[1].

All'entusiasmo manifestato dalle associazioni dei consumatori per la novella, sull'esempio dell'esperienza statunitense che ha eretto la *class action* a baluardo della tutela consumeristica, non ne è poi corrisposta nel nostro ordinamento una sua significativa applicazione, considerato che nel 2012 le azioni di classe proposte innanzi ai Tribunali italiani non oltrepassano il numero di venti e la stragrande maggioranza delle quali non ha neppure superato il vaglio preliminare di ammissibilità.

Nonostante l'esordio decisamente sotto tono della *class action* all'italiana, il proposito in cui si è progressivamente mosso il legislatore, sin dai suoi primi interventi in materia, è stato quello di voler avvicinare quanto più possibile l'azione risarcitoria di classe al modello statunitense di derivazione, delineando uno strumento che potesse essere in grado di indurre mutamenti "virtuosi" da parte grandi imprese e, per tale via, garantire la spontanea osservanza delle normative di rilevanza pubblicistica a tutela dei consumatori e degli utenti, senza che le stesse potessero più contare su quella frantumazione delle iniziative individuali inevitabilmente destinata a rifluire in una significativa diminuzione numerica della domanda di giustizia ^[2].

È infatti in questa valenza "promozionale" che si coglie una delle maggiori finalità che ha animato il legislatore italiano all'introduzione dell'art. 140 bis cod. cons. ed alle successive modifiche apportate alla sua originaria versione, modellando progressivamente l'istituto verso quello che rappresenta anche lo scopo ultimo delle *class actions* di matrice statunitense, ossia la loro capacità di "enabling litigation" e quindi di creare le condizioni affinché divengano concretamente "giustiziabili" anche posizioni giuridiche destinate, altrimenti, per il disincentivo del minimo valore della controversia o comunque per il comune rifiuto dell'esperienza processuale, a rimanere prive di tutela ^[3].

Non è poi un caso che l'ultima modifica in ordine di tempo apportata al testo dell'art. 140 bis cod. cons., si collochi all'interno di una legge (l. 24.03.2012, n. 27 di conversione con modifiche del d.l. 24.01.2012, n. 1) finalizzata, come si legge nella sua stessa Relazione, a favorire il processo di liberalizzazione di vari settori dell'economia italiana, al fine di rendere il mercato nazionale sempre più concorrenziale rispetto ad altri modelli di economia, non solo di derivazione europea.

Risulta quanto mai evidente infatti che in un'economia di scala, che oggi si proietta sempre più in una dimensione planetaria, il mercato nazionale possa rendersi maggiormente concorrenziale, solo allorché ciascun ordinamento si doti di validi strumenti volti ad incentivare da parte delle imprese prassi commerciali e contrattuali sempre più corrette e leali, non solo nei confronti dei propri concorrenti, ma anche e soprattutto nei confronti degli utenti.

Il progressivo processo di massificazione degli odierni rapporti di produzione e di scambio, che nelle moderne dinamiche del mercato vede contrapposti un numero indeterminato di soggetti che vantano posizioni del tutto analoghe rispetto ad una grande impresa, ha fatto sì che modernamente venisse abbandonata l'idea che gli attuali rapporti interprivati potessero conformarsi ad un modello strettamente individualistico, in termini di confronto diretto tra due sole soggettività giuridiche che si pongono tra loro su basi paritetiche, e si è fatta spazio la consapevolezza che spesso tra coloro che si muovono come parti contrapposte nell'ambito mercantile manchi, in primo luogo, un'equiparazione di potere economico.

Ciò è tanto più vero se si considera che l'introduzione di specifici strumenti di disincentivazione di comportamenti illegittimi da parte delle imprese si è rivelata quanto mai indispensabile in considerazione del fatto che spesso l'intervento autoritativo delle varie *Authorities*, ed in genere della Pubblica Amministrazione, ha dimostrato nell'esperienza statunitense, non meno che in quella italiana, di non essere in grado di perseguire con efficacia ed efficienza questi comportamenti iniqui ed abusivi delle imprese nei confronti della platea dei consumatori ed investitori.

L'esigenza per il nostro ordinamento di dotarsi sul versante processuale di nuovi strumenti di tutela collettiva costituisce inoltre il portato della presa d'atto non solo da parte del legislatore che all'asimmetria di forza economica tra il privato e la grande impresa spesso conseguiva, sul piano del processo, anche un'asimmetria delle poste in gioco e che si atteggiava in termini di una differente convenienza economica tra le due parti nell'instaurare o nel coltivare una data azione in giudizio.

L'esperienza pratica ha infatti dimostrato che il singolo individuo, quando si contrappone in giudizio alla grande impresa, è nella maggior parte dei casi animato dalla volontà di reagire ad un pregiudizio subito di valore solitamente ridotto, se non esiguo, specie in comparazione con il ritorno economico che potrebbe avere l'impresa nel continuare consapevolmente a tenere un certo comportamento lesivo, interesse quest'ultimo che risulta parametrato all'intero aggregato delle vicende pregiudizievoli che possano involgere uno sterminato numero di persone.

È chiaro infatti come sia proprio la diversità delle poste in gioco a costituire la principale fonte di atteggiamenti opportunistici o abusivi da parte dell'impresa la quale, nella consapevolezza del modesto danno arrecato al singolo individualmente, potrebbe con tutta probabilità confidare in un atteggiamento remissivo da parte dei più e così continuare indisturbata a reiterare la propria condotta dannosa.

Parallelamente si è fatta sempre più spazio l'idea che è sempre la diversità delle poste in gioco a far sì che l'impresa, anche di fronte di un'iniziativa giudiziale individuale, potrebbe verosimilmente decidere di investire in quel singolo processo, ancorché di scarso valore, risorse economiche in abbondanza, anche solo al fine di evitare il formarsi di un precedente per essa sfavorevole o anche per scoraggiare altre iniziative individuali fondate su presupposti analoghi.

Dal canto suo il singolo consumatore che decida di istaurare un giudizio nei confronti della grande impresa si troverà comunque a doversi confrontare alla stessa non ad armi pari, in ragione del fatto che la sua propensione nell'investire energie e risorse economiche nella causa, risulterà inevitabilmente ancorata e direttamente proporzionale al valore della controversia.

Dinanzi a tale stato di cose, i meccanismi escogitati dal legislatore italiano al fine di riequilibrare le risorse che ciascuna parte ha interesse ad investire nella controversia, è stato quello di prevedere una serie di strumenti, dettati agli artt. 37, 139, 140 e infine all'140 *bis* cod. consumo, nella sua formulazione precedente alla riforma delle *class actions* operata nel 2009, di incentivazione all'aggregazione spontanea di più individui in un gruppo esponenziale, attribuendo conseguentemente solo in capo all'ente rappresentativo la legittimazione all'azione a tutela degli interessi dei componenti l'intera collettività organizzata.

Questo meccanismo, nell'escludere l'accesso dei singoli alla tutela giudiziale, per riconoscere la promuovibilità dell'azione solo in capo ad enti rappresentativi di più individui, selezionati in relazione alla loro qualificazione o per la loro particolare dimensione, ha contribuito in primo luogo a rafforzare all'interno del processo la posizione di forza dei singoli, siccome organizzati, dinanzi all'impresa e, contestualmente, la loro capacità economica nel poter fronteggiare le spese di giudizio, potendo l'ente confidare nel contributo economico dei suoi partecipanti o di finanziatori esterni ^[4].

Il delineato strumento di entificazione della tutela degli interessi collettivi degli appartenenti ad una classe è stato previsto sia per le azioni di carattere inibitorio e limitatamente alla tutela di interessi di natura collettiva (art. 140 cod. cons.) in quanto specificatamente finalizzate ad arrestare il perpetrarsi della condotta illegittima dell'impresa ed a impedirne la continuazione o reiterazione, come anche per le azioni di natura accertativa del diritto al risarcimento del danno (art. 140 *bis* cod. cons.).

Solo con la riforma attuata con l. 23.07.2009, n. 99, e che ha interamente riscritto l'art. 140 *bis* cod. cons., sono stati previsti nuovi strumenti di tutela di massa questa volta a carattere compiutamente risarcitorio e non più semplicemente di natura accertativa del diritto al risarcimento, attuandosi così nella sua massima estensione la finalità promozionale verso l'adozione spontanea di comportamenti virtuosi da parte dell'impresa.

E' oltremodo chiaro infatti come l'introduzione di un strumento a carattere compiutamente risarcitorio acconto ed in aggiunta agli istituti volti ad ottenere una pronuncia a carattere semplicemente inibitorio di un certo comportamento illegittimo dell'impresa, potesse più compiutamente contribuire a rafforzare quell'avvertita esigenza di riequilibrare l'asimmetria di forza economica tra i singoli consumatori e l'impresa ed in modo da incentivare comportamenti virtuosi da parte di quest'ultima.

E' infatti dal 2009 in avanti che, sulla scorta dell'esempio tratto dall'esperienza statunitense e di taluni paesi d'oltralpe, che già ricorrevano allo strumento della *class action*, si è espressamente introdotta nel nostro ordinamento la possibilità di tutela dei diritti individuali omogenei direttamente da parte dei singoli e non più esclusivamente da parte degli enti esponenziali di tali interessi di categoria.

Questo nuovo tipo di azioni, non incontrando più il limite della sola pronuncia generica al risarcimento, si espandono così sino a prevedere una vera e propria sentenza di condanna al risarcimento del danno che viene liquidato in seno all'azione di classe nel suo concreto ammontare.

Il presupposto di tale importante modifica apportata all'art. 140 *bis* cod. cons. è stato il riconoscimento, in aggiunta alla legittimazione attiva in capo agli enti esponenziali, della possibilità anche da parte del singolo consumatore, in quanto adeguatamente rappresentativo della classe, a promuovere esso stesso le azioni di natura risarcitoria, divenendo esso stesso rappresentante dell'intera categoria, esattamente come avviene nel modello di *class action* di ispirazione nordamericana.

La finalità promozionale dell'azione di classe viene in tal modo ulteriormente potenziata dalla riforma che, senza abbandonare l'entificazione degli interessi della classe, con l'attribuzione della legittimazione all'azione in capo al singolo, purchè adeguatamente rappresentativo della classe, rafforza la tutela degli interessi individuali omogenei attraverso la possibilità di concludersi con una vera e propria pronuncia di condanna.

La scelta che la nuova *class action* possa concludersi con una vera e propria condanna è apparsa poi ispirata dall'esigenza di economia processuale, volta ad evitare che la tutela in via giudiziale di una pluralità indefinita di interessi identici fosse attivata con un numero indeterminato di iniziative individuali seriali miranti agli stessi effetti, con inutile aggravio del sistema giudiziario.

Il novellato art. 140 *bis* cod. cons. si muove infatti nella direzione di disincentivare azioni individuali nei confronti della grande impresa, pur sempre possibili ma di incerto risultato, per favorire l'aggregazione delle molteplici pretese individuali e il cumulo delle posizioni soggettive, garantendo quindi un alleviamento del carico di lavoro dei giudici oltre che l'uniformità decisoria all'interno di un processo suscettibile di risolvere potenzialmente un numero indefinito di posizioni individuali.

1.2. Il progressivo allargamento del fronte della tutela consumeristica dagli interessi collettivi ai diritti soggettivi seriali

Nel delineato processo di evoluzione che ha subito negli anni lo strumento delle azioni di massa, quello che ci interessa in questa sede sottolineare, è che il fronte di salvaguardia delle posizioni individuali dinanzi alla grande impresa si è gradualmente rafforzato, passando da una tutela eminentemente inibitoria ad una più completa difesa di natura risarcitoria, parallelamente allo spostarsi del baricentro dell'oggetto della sua tutela dagli interessi collettivi a quelli individuali omogenei.

La *class action* introdotta con la riforma del 2009 rappresenta infatti uno strumento di tutela collettiva, posto a presidio di veri e propri diritti soggettivi seriali ovvero, con terminologia più precisa, isomorfi, intendendosi per essi quei diritti soggettivi che presentano la medesima configurazione e conformazione ^[5].

L'ultimo passo compiuto dal legislatore con il recentissimo d.l. 24.01.2012, n. 1, convertito in l. 24.03.2012, n. 27, è stato infine quello di estendere la tutela risarcitoria approntata dall'azione di classe, non solo e non più solamente ai diritti individuali omogenei, ma anche agli interessi collettivi dei consumatori, così come era precedentemente previsto prima della riforma operata nel 2009.

La nuova formulazione dell'art. 140 *bis*, 1° co., cod. cons. all'esito dell'ultima novella del 2012, recita infatti che «i diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 nonché gli interessi collettivi sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo».

Come testè evidenziato, attraverso le varie novelle apportate alla disciplina della *class action* si è cercato via via di ampliarne il raggio d'applicazione della tutela, cercando corrispondentemente di comprimere quanto più possibile il ricorso all'azione risarcitoria individuale del singolo consumatore nei confronti della grande impresa.

Il percorso evolutivo si è snodato attraverso una serie di modifiche, che dapprima hanno previsto come l'azione risarcitoria collettiva potesse essere proposta esclusivamente da parte degli enti esponenziali di categoria e per la tutela di interessi di natura eminentemente collettiva, per poi approdare con la riforma del 2009 ad un vero e proprio accertamento completo sia nell'*an* che nel *quantum* della pretesa risarcitoria, attivabile in via autonoma da parte del singolo per la tutela dei soli diritti individuali omogenei, per poi infine, con l'ultima riforma del 2012, estendere la possibilità da parte del singolo componente la classe di agire anche per la tutela di interessi a natura eminentemente collettiva ^[6].

Si compie in tal modo il passo decisivo verso una compiuta equiparazione del modello di *class action* adottato dal nostro ordinamento e l'istituto nato dall'esperienza statunitense, che ne conosce una massiccia applicazione soprattutto avuto riguardo alla tutela di interessi di natura collettiva da parte dei singoli.

L'ultima novella all'art. 140 *bis* cod. cons. in termini di tempo ha tuttavia sollevato tra gli interpreti ed operatori del diritto una serie di dubbi ed incertezze, che ancora la dottrina non ha avuto modo di affrontare compiutamente e che involgono direttamente la stessa categoria giuridica degli interessi collettivi ed i corrispondenti modelli di tutela così come sino ad oggi concepiti nel nostro ordinamento.

Risulta indispensabile a questo punto andare ad approfondire le differenze ontologiche che si pongono tra la posizione giuridica dei diritti soggettivi seriali e quella degli interessi collettivi e diffusi, in quanto la questione non riveste semplicemente un rilievo di carattere classificatorio e ma risulta basilare al fine di comprendere la portata altamente dirompente della nuova disciplina della *class action* e del diverso atteggiarsi delle modalità di tutela di tali diritti.

Con la locuzione interessi collettivi tradizionalmente si individua quella categoria formale di interessi che riguardano una collettività organizzata di individui ed ai quali l'ordinamento riconnette normalmente rilevanza ^[7]. E' questo il caso dell'interesse dell'appartenente ad un'associazione, ad un sindacato, ad un partito, ad un ordine professionale.

Dal punto di vista della sua tutela il concetto di interesse collettivo ruota intorno a quello di organizzazione, facendo leva sulla necessità del *perseguimento congiunto*, da parte di più soggetti, del *bisogno* che li accomuna in quanto l'interesse collettivo sarebbe fondato su una sorta di *solidarietà di interessi*, «quando la collaborazione fra gli interessati permette il conseguimento del bene, e la soddisfazione dei bisogni di tutti, laddove uno solo di essi non potrebbe raggiungere lo stesso risultato» ^[8].

Sotto il profilo del ruolo aggregativo del gruppo, gli interessi collettivi vanno distinti dagli interessi diffusi che, al pari, possono assumere rilevanza per il nostro ordinamento e divengono oggetto di protezione da parte di questo ma che, rispetto a quelli, se ne differenziano per l'appartenenza del loro titolare ad una collettività di individui semplicemente in ragione del suo *status*.

L'interesse giuridicamente rilevante si denomina "diffuso" proprio in ragione della sua dimensione superindividuale, in quanto, dal punto di vista soggettivo, si tratta di interessi che pervengono alla sfera soggettiva di più individui per il semplice fatto della loro qualificazione o in quanto considerati nella loro particolare dimensione, come ad esempio quella di consumatore, di risparmiatore, di fruitore dell'ambiente o di utente di un pubblico servizio.

L'appartenenza al gruppo del suo titolare comporta poi, dal punto di vista oggettivo, che l'interesse diffuso si esprime e se ne può cogliere l'essenza solo con riferimento ad un determinato gruppo, ad una determinata categoria di soggetti e quindi il singolo che ne è portatore lo potrà tutelare solo nell'ambito del gruppo, con la conseguenza che tutte le iniziative volte a promuovere la difesa dell'interesse diffuso dovranno partire necessariamente dal gruppo e non dal singolo individuo che, in tal senso risulta carente di legittimazione attiva.

Per tale motivo l'interesse diffuso viene anche definito "adespotato" perché, pur essendo formalmente imputabile ad un individuo determinato, solo nel gruppo si può individuare e tutelare, correndo altrimenti il rischio di confondersi con altri diritti soggettivi individuali.

Tuttavia, nella pratica giurisprudenziale, la differenziazione tra interessi diffusi ed interessi collettivi sfuma fortemente a causa dell'orientamento restrittivo assunto dalla giurisprudenza ad aprire la tutela giurisdizionale agli interessi diffusi come tali ^[9].

Per il riconoscimento della tutela nel processo dei cosiddetti interessi diffusi, ed al fine di evitare il rischio di azioni proposte da formazioni sociali prive di adeguata consistenza e rappresentatività, la giurisprudenza dominante richiede che un'esplicita norma di legge indichi i criteri ed i requisiti in base ai quali le formazioni sociali siano legittimate ad agire a tutela di interessi di cui siano portatori i singoli appartenenti alla collettività e riferiti a beni fondamentali protetti dall'ordinamento giuridico in attuazione dell'art. 2 cost.

Nella giurisprudenza più recente non si distingue quindi in modo netto tra interessi diffusi e interessi collettivi, in quanto per l'accesso alla tutela giurisdizionale si reputa necessario che gli interessi diffusi assurgano al rango di veri e propri interessi "collettivi" ^[10].

Tra l'altro, sempre secondo il formante giurisprudenziale, la tutela degli interessi diffusi tende a rimanere assorbita in quella del diritto soggettivo individuale, ancorché omogeneo rispetto a quello di altri individui, ogni qual volta la loro lesione si traduca in un danno fisico o patrimoniale.

La tendenza del sistema, così come emergente dall'indirizzo giurisprudenziale, è quindi quella di considerare rilevati per l'ordinamento gli interessi diffusi, in quanto integranti essi stessi dei diritti collettivi, ovvero in quanto rivestano contemporaneamente la qualifica di diffusi ed individuali omogenei, rimanendone così assorbiti nell'una o nell'altra diversa categoria giuridica ^[11].

La stessa linea evolutiva la ritroviamo anche in materia consumeristica ove, nell'avvertita necessità di poter tutelare a pieno gli interessi "diffusi" dei consumatori, si è dovuto ricorrere all'espressa previsione con legge dello Stato (dapprima con l. 30.07.1998, n. 281 e poi con il codice del consumo) circa la possibilità da parte di enti esponenziali, inseriti in apposite liste, di agire in giudizio per la loro tutela, facendoli confluire da interessi di natura diffusa a veri e propri interessi di natura collettiva.

Successivamente, con la riforma dell'art. 140 *bis* attuata nel 2009 e sempre nell'intento di superare l'impronta individualistica assegnata dal nostro sistema processuale-civilistico agli interessi ed alle azioni, si è poi passati dal riconoscimento di una tutela inibitoria degli interessi di natura collettiva da parte di enti esponenziali, ad un vero e proprio riconoscimento della possibilità di tutela di diritti di natura soggettiva seriale, ma solo in quanto il singolo individuo, al quale viene riconosciuta legittimazione attiva all'azione, risulti adeguatamente rappresentativo degli interessi dell'intera classe.

Il sistema delle azioni in materia consumeristica è quindi passato da un tipo di tutela di interessi eminentemente collettivi e attuabile attraverso azioni di tipo inibitorio (art. 139 e 140 cod. cons.) ad un tipo di tutela prettamente risarcitorio, che presuppone il riconoscimento in capo al soggetto che agisce di un vero e proprio diritto soggettivo, ancorché seriale (art. 140 *bis* cod. cons., nuova formulazione).

L'ultimo stadio evolutivo è stato quello di riconoscere con la modifica del 2012 all'art. 140 *bis* cod. cons. in capo al singolo appartenente alla classe, e purché ancora una volta risulti adeguatamente rappresentativo della stessa, la legittimazione ad agire anche per la tutela degli interessi a carattere collettivo, con una previsione del tutto nuova nel nostro ordinamento ^[12].

Si discute tuttavia in ordine al tipo di pronuncia ottenibile dal singolo appartenente alla classe all'esito di una *class action* che sia stata proposta per la tutela di un interesse di natura eminentemente collettiva, ed in particolare se possa trattarsi una pronuncia completa di condanna dell'impresa al pagamento di una somma già determinata nel suo concreto ammontare o, piuttosto, se il Tribunale debba limitarsi - con una pronuncia generica di condanna - ad accertare le violazioni commesse dall'impresa ed il conseguente diritto al risarcimento del danno, per poi lasciare ad altro giudizio la sua concreta liquidazione.

Quest'ultima possibilità sembrerebbe avvalorata dall'art. 140 *bis* cod. cons., il quale al 1° comma, secondo inciso, stabilisce che il singolo componente la classe possa agire «per l'accertamento della responsabilità "e" per la condanna al risarcimento del danno ed alle restituzioni».

2.1. L'art. 140 *bis* cod. cons. e la differenza con le azioni previste agli artt. 139 e 140 cod. cons.: Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva.

Il processo evolutivo che ha portato il nostro ordinamento verso l'apertura alla tutela risarcitoria da parte dei singoli dei diritti soggettivi individuali ed omogenei di altri individui che vantino una posizione identica, si è sviluppato partendo dapprima con la previsione all'art. 140 *bis* cod. cons. di azioni collettive a carattere inibitorio, da proporre tramite enti esponenziali di categoria.

Già prima dell'emanazione nel 2005 del Codice del consumo (in cui è confluita la l. n. 281 del 1998), l'art. 1469 *sexies* c.c. attribuiva alle Camere di Commercio ed alle associazioni di consumatori la legittimazione ad agire in giudizio al fine di ottenere una pronuncia a carattere inibitorio nei confronti del professionista o dell'associazione di professionisti che utilizzassero o raccomandassero l'utilizzo di condizioni generali di contratto di cui fosse accertata l'abusività.

Detta pronuncia inibitoria poteva emettersi o al termine del giudizio con sentenza definitiva o in sede cautelare nel corso o prima del giudizio stesso, in presenza di "*giusti motivi di urgenza*".

L'applicazione in concreto di detta norma aveva però sollevato sin da subito problemi in ordine all'identificazione delle associazioni legittimate ad agire, soprattutto per ciò che concerneva la loro rappresentatività, profilo questo che poi è stato risolto a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 6.09.2005, n. 206, c.d. Codice del consumo, che nella parte V ha dedicato il Titolo II alle "Azioni inibitorie e l'accesso alla giustizia".

L'art. 137 cod. cons. ha infatti disposto l'istituzione di un elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale presso il Ministero delle Attività Produttive, stabilendo al 2° comma, i requisiti necessari per l'iscrizione.

All'art. 37 cod. cons. è stata poi prevista la legittimazione attiva nell'ambito delle azioni inibitorie in materia di clausole abusive, stabilendo al 1° comma che le associazioni di consumatori inserite in detto elenco di cui all'art. 137 cod. cons. e quelle dei professionisti, come anche le Camere di commercio, potessero convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzavano o raccomandavano l'utilizzo di condizioni generali di contratto e di chiedere al giudice competente l'inibitoria all'uso delle clausole di cui fosse accertata l'abusività.

Inoltre il 2° e 3° co. dell'art. 37 cod. cons. sostanzialmente riproducono il disposto già contenuto all'art. 1469 *sexies* c.c. circa il presupposto dei "*giusti motivi di urgenza*", ai sensi dell'art. 669 *bis* ss. c.p.c., al fine di ottenere una pronuncia inibitoria in via preventiva, nonché l'onere di pubblicazione delle decisioni favorevoli all'associazione dei consumatori in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale.

L'indirizzo giurisprudenziale formatosi in merito all'art. 37 cod. cons. ha inoltre chiarito, un altro dei punti che avevano impedito il corretto e puntuale esercizio dell'azione inibitoria ai sensi dell'art. 1469 *sexies* c.c., così come interpretata dalla giurisprudenza formatasi nella vigenza di detta norma, nel senso che, per ritenersi sussistente il presupposto dei "giustificati motivi d'urgenza", al fine di ottenere la pronuncia di inibitoria in via preventiva, fosse sufficiente l'accertamento circa l'idoneità della clausola vessatoria ad incidere sui diritti fondamentali della persona, come ad esempio la lesione del diritto alla salute tutelato all'art. 32 cost., da parte di una clausola vessatoria inserita in una polizza sanitaria.

Infine, il 4° comma dell'art. 37 cod. cons. contiene una norma di chiusura la quale prevede che, per quanto non disciplinato dai primi tre commi, alle azioni inibitorie esercitate dalle associazioni dei consumatori, si applichino le disposizioni dettate dall'art. 140 cod. cons. sull'inibitoria collettiva, specie per ciò che concerne la tipologia di provvedimenti ottenibili (inibitori, ripristinatori, applicatori di misure coercitive, tra cui rientra anche l'ordine di pubblicazione del provvedimento) ^[13].

In aggiunta all'azione inibitoria di cui all'art. 37 in materia di condizioni generali di contratto, il codice del consumo ha inoltre previsto agli artt. 139 e 140 un'ulteriore tipologia di azione inibitoria collettiva, sempre attivabile da parte delle associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'art. 137 cod. cons.

Ai sensi dell'art. 140, 1° co., cod. cons., le organizzazioni di categoria possono infatti chiedere al Tribunale ordinario di inibire gli atti ed i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori o degli utenti, nonché di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate ed infine di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale, nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

Rispetto allo strumento previsto all'art. 37 cod. cons. volto ad eliminare tramite inibitoria esclusivamente le condizioni generali di contratto abusive, e quindi a bloccare un comportamento contrattuale dell'impresa, le azioni disciplinate agli artt. 139 e 140 cod. cons. rappresentano dei mezzi di tutela più genericamente preordinati a contrastare, tramite l'esercizio di azioni superindividuali, qualsiasi comportamento dell'impresa che si ponga in contrasto con uno qualsiasi dei diritti fondamentali dei consumatori, così come riconosciuti all'art. 2 cod. cons., tra cui si annoverano la tutela della salute, la sicurezza e qualità dei prodotti e dei servizi, la adeguata informazione e corretta pubblicità, l'educazione al consumo, correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali, la promozione e lo sviluppo dell'associazionismo e l'erogazione dei pubblici servizi secondo *standard* di qualità ed efficienza.

Anche il tipo di pronuncia ottenibile è differente, in quanto l'art. 140 cod. cons., parlando genericamente "di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate", consente di ottenere non solo una pronuncia a carattere inibitorio, ma più ampiamente qualsiasi tipo di pronuncia, ivi compresa quella di natura modificativa da parte del giudice, che tenda essa stessa ad eliminare le conseguenze dannose della violazione.

Nelle azioni a carattere inibitorio per la tutela degli interessi collettivi, pur essendo stata espressamente prevista la legittimazione delle associazioni e dei comitati rappresentativi a promuovere l'azione ai sensi dell'art. 140 cod. cons., resta comunque fermo il diritto del singolo consumatore, che si ritenga leso dalle medesime violazioni, di intraprendere un'azione individuale di risarcimento del danno ed, in caso di concorrenza con un'azione intrapresa da un'azione di categoria, si applicavano le norme processuali in tema di litispendenza, connessione, continenza e riunione di cause.

All'8° co. dell'art. 140 cod. cons. viene inoltre rinnovata la possibilità, già prevista all'art. 1469 *sexies* c.c., di richiedere una pronuncia di inibitoria anche in via cautelare ed in presenza di "giustificati motivi di urgenza" ai sensi degli artt. 669 *bis* e 669 *quaterdecies* c.p.c.

Come condizione di procedibilità dell'azione e quindi prima di attivare ogni iniziativa anche in via cautelare, l'art. 140 cod. cons. prevede poi che le associazioni di categoria debbano richiedere con lettera raccomandata al soggetto responsabile la cessazione del comportamento lesivo e, decorsi quindici giorni, possono quindi attivare la via giudiziale rivolgendosi al giudice.

Sempre in fase antecedente al giudizio, ma senza che la stessa sia posta come condizione di procedibilità dello stesso, importante novità introdotta per la prima volta all'art. 140 cod. cons., è la previsione in via facoltativa per le associazioni individuate nel 1° co e per i soggetti indicati nell'art. 139, 2° co., cod. cons. (ovvero per gli organismi pubblici indipendenti nazionali e le organizzazioni riconosciute in altro stato comunitario, ma solo nei confronti di atti o comportamenti lesivi per i consumatori nel loro paese posti in essere sul territorio dello Stato) di attivare, prima del ricorso al giudice, la procedura di conciliazione dinanzi alla Camera di Commercio competente per territorio, ai sensi dell'art. 2, 4° co., lett. A della l. 29.12.1993, n. 580, nonché avanti ad altri organismi di composizione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo previsti all'art. 141 cod. cons. ^[14].

Con legge finanziaria 2008 (l. 24.12.2007, n. 244, art. 2, co. da 445 a 449) accanto alle azioni inibitorie di cui all'art. 139 e 140 cod. cons., è stata poi introdotta nel nostro ordinamento l'azione collettiva risarcitoria di cui all'art. 140 *bis* cod. cons., disposizione successivamente rimaneggiata nel 2009 nella sua originaria formulazione e da ultimo nella citata novella del 2012.

L'originaria versione dell'art. 140 *bis* cod. cons., così come dettata dalla l. 24.12.2007, n. 244, per effetto di una serie di proroghe, non era mai entrata in vigore, ed è stata impropriamente salutata dai *mass media* come la *class action* italiana, ma che in realtà della stessa non ne presentava ancora i tratti caratterizzanti.

Infatti l'art. 140 *bis*, nella sua originaria formulazione precedente alla riforma del 2009, prevedeva per la prima volta un nuovo strumento di tutela che si distingueva per essere un'azione a carattere non semplicemente inibitorio, come quelle previste ai precedenti artt. 139 e 140 cod. cons., ma di natura parzialmente risarcitoria e con attribuzione pur sempre in via diretta agli enti esponenziali degli interessi collettivi, anche creati *ad hoc*, della facoltà di promuovere l'azione stessa, nel cui ambito gli enti agivano per far valere interessi e diritti che avevano una dimensione collettiva e di cui essi stessi erano *ex lege* rappresentati e titolari.

Tale nuovo strumento aveva quindi la finalità di aumentare le forme di tutela degli interessi collettivi dei consumatori, consentendo alle associazioni di categoria "adeguatamente rappresentative degli interessi di categoria fatti valere", di agire ben oltre gli ambiti dell'art. 140 cod. cons. ed allo scopo di far accertare il diritto dei consumatori e degli utenti al risarcimento del danno, aprendo in tal modo la via alla restituzione delle somme loro spettanti.

L'ambito di tale azione risarcitoria collettiva era però limitato, secondo quanto disponeva l'art. 140 *bis*, 1° co., cod. cons., nella sua precedente formulazione ai «rapporti giuridici nascenti dai contratti stipulati tramite sottoscrizione di moduli o formulari, a norma dell'art. 1342 c.c., ovvero in conseguenza di illeciti aquiliani, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando risultavano lesi i diritti di una pluralità di consumatori o utenti»

Il giudizio era poi subordinato ad un preventivo esame *ante causam* e da compiersi alla prima udienza, circa l'ammissibilità della domanda e che rappresentava semplicemente un vaglio circa la fondatezza dell'azione proposta, al fine di scongiurare iniziative giudiziarie manifestamente infondate.

Come congegnata prima della riforma del 2009, l'azione collettiva risarcitoria di cui all'art. 140 *bis* cod. cons. non dava però vita ad un completo accertamento del *quantum* del risarcimento dovuto dall'impresa, con conseguente pronuncia di condanna della convenuta al relativo pagamento, ma si trattava di un giudizio ibrido che si componeva di due fasi. Nella prima fase che si chiudeva con una sentenza di accertamento delle violazioni commesse dall'impresa e che si limitava a fissare i criteri di liquidazione delle somme a beneficio dei singoli consumatori che tramite il sistema di *opt-in* avevano comunicato, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni, la propria volontà di adesione all'azione collettiva. La seconda fase, definita di conciliazione, si basava appunto su una proposta conciliativa dell'impresa a cui seguiva, ove mancante o rifiutata, la costituzione di una camera di conciliazione *ad hoc* o dall'instaurarsi di un procedimento *ex art.* 38 d.lgs. 17.01.2003, n. 5, che era quindi volta a determinare l'entità del risarcimento, non in via autoritativa, ma semplicemente transattivi ^[15].

Antecedentemente alla riforma del 2009, escludendosi la possibilità da parte del giudice di liquidare in via definitiva con la sentenza le somme dovute a titolo di risarcimento, ma semplicemente di fissare i criteri per la loro determinazione, il sistema si muoveva all'interno di un quadro in cui si lasciava largo spazio, sollecitandone anzi l'utilizzo, ad una definizione transattiva della controversia.

Infatti, nell'intento del legislatore del 2007, si riteneva che una volta passata in giudicato la statuizione del Tribunale sull'*an*, per l'impresa condannata a pagare un risarcimento la strada più conveniente fosse quella di giungere ad una determinazione bonaria e concordata del *quantum* della vicenda risarcitoria. Non solo ma si dava inoltre conto dell'elevata probabilità di un fisiologico allineamento dei comportamenti dell'impresa che, per prevenire la propria reiterata evocazione in giudizio in sede individuale, da parte di soggetti che sul piano persuasivo avrebbero comunque invocato il giudicato favorevole alla classe, sarebbe stata indotta a coinvolgere, in un tavolo transattivo, anche quanti erano rimasti estranei, per difetto di *opt-in*, alla prima vicenda processuale.

A differenza degli strumenti previsti agli artt. 139 e 140 cod. cons., l'azione collettiva risarcitoria di cui all'art. 140 *bis* cod. cons. non rappresentava quindi una mera azione inibitoria volta a proibire in via generale un comportamento sleale sul piano dei rapporti con i consumatori, ma si trattava per la prima volta di un'azione che deduceva concretamente in giudizio le singole posizioni di tutti coloro che mediante un atto di adesione (*opt-in*), avessero manifestato la propria volontà di partecipare agli effetti sostanziali e processuali della causa.

Non si parlava quindi di ordini generici, rivolti all'impresa, che comportavano l'astensione da determinate pratiche concorrenziali sleali o da determinate pratiche inique nei contratti con i consumatori, anche se ancora non poteva parlarsi, prima della modifica operata nel 2009, di un accertamento completo della fattispecie causativa e dell'ammontare del danno, nel caso in cui fosse arrivata ovviamente la sentenza favorevole alla classe.

2.2. L'azione di classe e l'art. 140 bis cod. cons. nella sua nuova formulazione.

L'art. 140 *bis* cod. cons., come riformato dall'art. 49, 1° co., l. 31 luglio 2009, n. 176 è entrato in vigore il 1° gennaio 2010, ma all'art. 49, 2° co., se ne è prevista l'applicabilità retroattiva per tutte le fattispecie sostanziali verificatesi a partire dal 16 agosto 2009.

La disposizione, così come ridisegnata dal legislatore nel 2009, presentava delle significative novità rispetto alla precedente versione, tanto da comportare la modifica della stessa rubrica dell'art. 140 *bis* cod. cons. che dall' "azione collettiva risarcitoria" è ora intitolata all' "azione di classe".

Con la novella del 2009, si è voluto in primo luogo introdurre uno strumento di tutela di immediata natura risarcitoria volta a compensare i pregiudizi sofferti dai singoli e quindi condannare l'impresa al risarcimento per l'ingiusto profitto che ha realizzato; ciò a differenza del modello originario disegnato dall'art. 140 *bis* cod. cons., nel quale il Tribunale nel caso di accoglimento della domanda attrice si limitava a determinare i criteri omogenei di calcolo per la liquidazione, in separato giudizio, delle somme da corrispondere ai singoli consumatori o utenti che avevano aderito all'azione collettiva, lasciando aperta la questione circa la quantificazione dei diritti dei singoli. Il Tribunale, ma solo se ciò fosse se possibile allo stato degli atti di causa, poteva al limite determinare la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente.

Il legislatore della riforma ha quindi inciso fortemente nella fase decisoria del giudizio prevedendo espressamente al 12° co. dell'art. 140 *bis* cod. cons., che «se accoglie la domanda, il Tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'art. 1226 c.c., le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la loro liquidazione».

Attraverso la nuova azione di classe si rafforza l'obiettivo di realizzare strumenti di economia processuale e di uniformità decisoria all'interno di un processo suscettibile di risolvere potenzialmente un numero indefinito di posizioni individuali.

Il novellato art. 140 *bis* cod. cons. si muove infatti nella direzione della aggregazione *ab initio* delle molteplici pretese individuali, presentando come oggetto del processo, un accertamento completo della pretesa risarcitoria, sia in ordine all'*an* che al *quantum* del dovuto.

Anche nel sistema ridisegnato a seguito della modifica in esame è comunque permessa la possibilità da parte del giudice, in luogo di liquidare definitivamente le somme di pertinenza dei singoli aderenti, di limitarsi a fissare i criteri per la loro determinazione, rinnovando - riguardo a tale seconda evenienza - le incertezze, già sorte in dottrina avuto riguardo alla precedente versione della norma, circa il fatto se ciascun consumatore dovesse a tal punto promuovere o meno un giudizio individuale di condanna.

Anche sul versante della legittimazione attiva e sul meccanismo di adesione all'azione si registrano importanti novità rispetto alla precedente disciplina e che hanno avvicinato ancora di più l'istituto nostrano a quello statunitense.

L'art. 140 *bis* cod. cons. riconosce oggi la legittimazione attiva al singolo rappresentante di una classe, sia esso consumatore o utente, allineandosi all'opzione statunitense che, a differenza del precedente modello nostrano, attribuiva la legittimazione ad agire alle associazioni dei consumatori «riconosciute e alle associazioni o comitati reputate dal giudice adeguatamente rappresentative degli interessi collettivi».

Attraverso quest'ultima fondamentale modifica si è poi posta una netta distinzione rispetto alle azioni inibitorie collettive previste dagli artt. 139 e 140 cod. cons. che sono rimaste affidate, non a singoli rappresentanti di una classe, bensì alle associazioni rappresentative dei consumatori inserite nell'elenco previsto all'art. 137.

A seguito della riforma ulteriormente apportata con d.l. 24.01.2012 all'art. 140 *bis* la linea di demarcazione tra azioni di classe ed azioni inibitorie si è tuttavia marcatamente assottigliata nel senso che oggetto di tutela risarcitoria a mezzo delle azioni di classe potranno ora essere non solo i diritti seriali omogenei ma anche gli interessi collettivi al pari delle azioni previste agli artt. 139 e 140 cod. cons.

Infatti, in base al precedente testo dell'art. 140 *bis* cod. cons. così come consegnato a seguito della riforma del 2009, rimanevano comunque estranei alla operatività dell'azione di classe, gli interessi collettivi e gli interessi diffusi nel senso che la loro tutela era comunque circoscritta alla sola tutela inibitoria (artt. 139-140 cod. cons.).

Con l'ultima riforma in termini di tempo siamo invece tornati alla precedente versione dell'art. 140 *bis* prima del maquillage del 2009, che riportava tra le situazioni giuridiche la cui lesione legittimava l'attivazione del rimedio di classe l'esplicito riferimento agli interessi «interessi collettivi», ma come detto l'azione si atteggiava in maniera del tutto differente sia per il tipo di pronuncia ottenibile, che era di mera condanna, sia dal lato dei legittimati attivi al suo promovimento ^[16].

A seguito della riforma del 2009 e con l'introduzione della facoltà dei singoli di attivare individualmente l'azione di classe per far valere posizioni individuali, detto richiamo agli interessi collettivi si è era invece tramutato in «diritti di una pluralità di consumatori o utenti».

L'art. 140 *bis* cod. cons. nella sua precedente formulazione poneva quindi al centro del sistema la tutela del diritto individuale di una pluralità uniforme di consumatori o utenti, mentre oggi l'azione di classe è così rivolta a proteggere non solo diritti individuali ma anche interessi collettivi dei consumatori.

Anche sul fronte del meccanismo di adesione all'azione di classe, si registrano significative novità rispetto al sistema precedentemente in vigore prima della riforma del 2009.

Una volta proposta l'azione da parte del singolo promotore ed dopo che lo stesso è stato riconosciuto adeguatamente rappresentativo degli interessi della classe nell'ambito del vaglio preliminare di ammissibilità dell'azione, il singolo consumatore appartenente alla classe per poter beneficiare dell'azione promossa (interruzione della prescrizione, formazione di un titolo esecutivo per l'ottenimento del risarcimento del danno in assenza di un giudizio individuale), dovrà manifestare la sua volontà di aderire all'azione.

Il nostro sistema si ispira infatti al principio di «esclusività» della *class action* nel senso della non ripetibilità di ulteriori azioni di classe per cui una volta proposta la prima «non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del 9° comma» (art. 140 *bis*, 14° co., cod. cons.).

In materia di *class action* vige quindi la regola dell'unicità e dell'irripetibilità di giudizio per ciascuna singola categoria di azioni seriali, per cui una volta proposta la prima azione di classe rimarrà preclusa la possibilità di esercizio di altre azioni collettive, che rimarranno tutte bloccate per effetto della pronuncia di litispendenza.

Il rilievo porta con sé l'ulteriore conseguenza che, una volta intervenuta la pronuncia definitiva in ordine alla prima azione, tale decisione rivestirà efficacia di giudicato, non per tutti gli appartenenti alla classe, ma solo nei confronti dei soggetti aderenti, ai quali non sarà pertanto più consentito l'avvio di una seconda azione collettiva, essendosi ormai definitivamente consumata nei loro confronti la possibilità del suo esercizio.

Infatti, ai sensi dell'art. 140 *bis*, 14° co., cod. cons. «la sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti. È fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva»

Quale ulteriore corollario del principio di esclusività si prevedono altresì puntuali regole normative in merito alla necessaria riunione, d'ufficio o previa riassunzione, delle ulteriori azioni - pur sempre di classe - che risultino pendenti entro il termine fissato dal giudice per le dichiarazioni di adesione ^[17].

L'opportunità per non dire la necessità che possa essere incentivato il massimo numero di adesioni possibili attraverso un'adeguata pubblicità dell'azione collettiva nei termini e modi che saranno indicati dallo stesso Tribunale è garantita ai sensi del 9° comma, ove si prevede che «con l'ordinanza con cui ammette l'azione il Tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe».

Il puntuale adempimento da parte del promotore dell'onere pubblicitario è doppiamente reso necessario dal fatto che, per i singoli diverrà più difficile, sfumata la possibilità di aderire alla *class action*, ottenere tutela per i propri diritti, sia perché il processo individuale (o la moltitudine di processi individuali) non attingerà ai benefici dell'esercizio collettivo, sia perché la stessa azione collettiva in conseguenza delle scarse adesioni potrebbe perdere la sua capacità di contrapporsi alla grande impresa, potendo spesso prevalere la tendenza all'inerzia ed all'acquiescenza.

E' intuitivo infatti che tanto più ampia è l'adesione tanto maggiore sarà la capacità di contrastare la descritta asimmetria di forza economica e delle poste e qualora l'azione collettiva dovesse concludersi con un giudicato di rigetto dell'azione collettiva, i singoli rimasti estranei assai difficilmente promuoveranno delle domande individuali, posto che quasi mai un soggetto isolato potrà riuscire là dove abbia fallito il soggetto collettivo.

Nel caso invece di pronuncia positiva per il proponente, l'impresa soccombente con tutta probabilità, per prevenire la propria reiterata evocazione in giudizio in sede individuale, da parte di soggetti che sul piano persuasivo verranno comunque ad invocare il giudicato favorevole alla classe, sarà indotta a coinvolgere, in un tavolo transattivo, anche quanti siano rimasti estranei, per difetto di *opt-in*, alla prima vicenda processuale.

Proprio la previsione circa l'irripetibilità dell'azione avvicina ulteriormente la struttura dell'azione collettiva dell'art. 140 *bis* cod. cons. al modello statunitense, pur nel differente punto di partenza in quanto quest'ultimo, risulta incentrato sul sistema dell'*opt-out*, mentre nel modello nostrano costruito dall'*opt-in*, la ripetizione è esclusa per espresso disposto normativo.

Tra l'altro quanto detto viene altresì a postulare, in ossequio al principio di unicità, che la riunione delle cause debba avvenire già al momento della valutazione da parte del Tribunale dell'ammissibilità dell'azione, che essendo incentrata sull'adeguatezza della rappresentanza, potrà vedere il giudice scegliere tra i vari attori singoli che fino a quel momento abbiamo proposto la domanda introduttiva. Nel caso invece di azioni collettive promosse successivamente alla prima pronuncia d'ammissibilità ed entro il termine per l'adesione, il giudice dovrà semplicemente disporre la riunione facendole necessariamente confluire, nell'unica già «avallata». Le singole azioni proposte a seguito della riunione perderanno quindi la propria individualità, dovendosi tendenzialmente evitare un litisconsorzio attivo «collettivo» su varie azioni di differenti classi e così con doppio livello di cumulatività.

2.3. La class action nell'esperienza statunitense: il modello dell'*opt-out* e la certification

Abbiamo già detto di come il legislatore della riforma attuata nell'estate del 2009 abbia introdotto nell'ordinamento italiano un istituto assai affine alla *class action* statunitense, ma non del tutto similare, differenziandosene sul piano strutturale in maniera consistente.

La diversità del modello nostrano è infatti radicale rispetto alle *class actions* statunitensi, le quali si fondano sul meccanismo dell'*opt-out*, mentre il modello italiano si ispira alla regola dell'*opt-in* ^[18].

Quest'ultimo era tra l'altro il modello originario della *class action* statunitense del 1938, ma che nel '66 ha mutato struttura avviandosi verso il contrapposto modello dell'*opt-out*, facendone il proprio punto di forza e che ha reso la *class action* strumento di frequentissimo ed efficiente utilizzo.

Il modello statunitense dell'*opt-out* si basa sul meccanismo dell'obbligatoria confluenza di tutte le pretese individuali nell'azione di classe e prevede a monte la c.d. *certification* ovvero che un singolo componente della classe, di regola sostenuto finanziariamente da associazioni di categoria e da un *pool* di avvocati, possa adire individualmente il Tribunale chiedendo di essere riconosciuto quale idoneo rappresentante organico della classe dei soggetti titolari dei diritti seriali o isomorfi destinati ad essere dedotti in giudizio in modo aggregato.

Il rilascio della *certification* da parte del singolo presuppone ad opera del giudice una valutazione pervasiva della sue capacità di rappresentanza della classe, ma anche un adeguato vaglio della sua forza economica per sostenere i costi del processo, che notoriamente sono molto alti.

Con l'ottenimento della *certification* il giudice sostanzialmente entifica la classe, crea cioè *ope iudicis* un ente autonomo, poiché l'azione di classe, una volta esperita, è sostanzialmente destinata a consumare tutte le pretese sia di altri potenziali attori di classe, sia di tutti i singoli individui che siano stati adeguatamente informati tramite mezzi di divulgazione di massa, come giornali e stampa a larga diffusione, della vicenda di tutela collettiva in corso di svolgimento.

I singoli componenti della classe, dopo la *certification*, non potranno dunque attivare un giudizio individuale in relazione a quel determinato credito seriale o isomorfo e sono destinati ad essere vincolati dal giudicato.

L'unica possibilità di sottrarsi all'aggregazione è quella - pur variamente limitata - dell'espressa dichiarazione di *opt-out*, che fa perdere a chi "si chiama fuori" i benefici dell'azione di classe e lo mette su di un binario diverso rispetto a quello della *class action* che è partita per effetto della intervenuta *certification*.

Qui risiede la principale differenza rispetto al modello accolto dal legislatore italiano, nel quale i singoli componenti la classe saranno vincolati dal giudicato reso a conclusione dell'azione di classe proposta da un singolo partecipante, solo per effetto di una loro esplicita manifestazione di volontà (*opt-in*) ⁽¹⁹⁾.

Un'altra differenza rispetto al modello di *class action* nostrano risiede nel fatto che nel sistema di origine i singoli componenti della classe saranno vincolati in linea di principio anche dalla transazione, che eventualmente porrà termine a quel processo.

Una delle problematiche più rilevanti poste nei tempi recenti dall'operatività della *class action* negli USA è proprio connessa alle prospettive di una possibile transazione e all'endemico conflitto di interessi che tende ad innestarsi, tra avvocati e membri della classe.

Spesso infatti si concretizza l'ipotesi del *pool* di avvocati che, a un certo punto, avendo già messo sotto pressione l'impresa convenendola in giudizio, pur di realizzare in tempi rapidi il profitto atteso, è disponibile ad accettare un risarcimento che, per gli stessi finanziatori della *class actions*, può essere sicuramente appagante, ma che invece è quasi irrisorio rispetto all'ammontare complessivo del pregiudizio sofferto dai vari componenti della classe. All'atto pratico poi non è affatto vero che, così facendo, si evita di dover coltivare per anni l'azione di classe, in quanto è fatto comune alle *class actions* statunitensi che, non appena i rappresentati si avvedono che in realtà il pregiudizio da compensare era molto più elevato, spesso ripartono con un'altra *class action* contro il primo *pool* dei legali che li ha, in questo modo, non adeguatamente rappresentati.

I casi di azioni seriali, di *class actions* originatesi in ragione di una inadeguata difesa nella prima azione di classe, sono infatti molto frequenti a verificarsi nella pratica americana.

Vedremo tuttavia nei prossimi paragrafi come una tale eventualità di possibile conflitto di interessi tra rappresentanti e rappresentati sia scarsamente probabile a verificarsi nella *class action* all'italiana, in cui la transazione non vincola coloro che non abbiano dichiarato espressamente di volerne beneficiare (art. 140 *bis*, 15° comma, cod. cons.).

Ad ogni modo, una trasposizione *tout court* del sistema dell'*opt-out* statunitense nel nostro sistema, come parimenti in quelli dell'Europa continentale tendenzialmente ispirati alla tradizione giuridica di *civil law*, non sarebbe stata possibile, in quanto ciò avrebbe creato degli insanabili conflitti con i principi tradizionalmente recepiti in materia di difesa, legittimazione ad agire e di limiti soggettivi del giudicato e che ostano a che un soggetto faccia valere autonomamente ed in modo aggregato un nugolo di posizioni soggettive individuali, indipendentemente da una esplicita manifestazione di volontà in ordine alla rappresentanza in giudizio delle reciproche posizioni individuali.

Tra l'altro il modello di *class action* scelto dal legislatore italiano si presenta, tra tutti i modelli europei, quello meno conservatore e più aderente al modello di derivazione.

Nella specifica previsione della possibilità di conclusione del giudizio con un titolo esecutivo a vantaggio dei tanti aderenti, "saliti sul convoglio" dell'azione collettiva, abbiamo infatti un forte connotato di vicinanza con il sistema americano, a differenza di altri sistemi europei, come quello tedesco ed inglese, che non prevedono un meccanismo processuale che porta alla quantificazione del danno dei singoli. Infatti tali sistemi risultano incentrati sulla figura del *test claim*, della causa modello, che viene introdotta da un solo individuo ed affrontata singolarmente dal giudice e che dovrebbe poi, se risolta a favore del soggetto attore, indurre l'impresa a tenere un comportamento docile in sede di composizione transattiva delle altre posizioni soggettive cumulate.

Così gli altri interventi operati a livello europeo, tra cui appunto l'Inghilterra, la Francia e la Germania, continuano quindi a dimostrarsi estremamente più conservatori e prudenti rispetto alla scelta italiana, non riuscendo ad affrancarsi dall'idea che i rapporti interpretati siano rapporti uno a uno, ed i processi siano processi uno a uno, senza che si possa avere una sostituzione processuale nella tutela di posizioni giuridiche individuali, ancorché a carattere seriale.

Il legislatore italiano invece ha compiuto questo passo sull'impronta del modello statunitense anche se come detto con una differenza strutturale notevolissima rispetto a quello, avendo optato per il modello dell'*opt-in*.

Se rispetto al modello di diretta derivazione è uguale il riconoscimento contenuto nell'art. 140 *bis* cod. cons. circa l'accesso da parte dei singoli alle azioni a tutela di diritti individuali omogenei, rimane pur vero che gran parte della riuscita dell'istituto delle *class action* nel sistema statunitense di origine è data dal fatto che il costo del processo non è supportato in proprio dall'attore, ma da un vero e proprio *pool* di avvocati e di associazioni di categoria che rimangono nell'ombra ed, in tal modo, viene ad essere garantito maggiormente, rispetto al sistema italiano, ancora carente di adeguati strumenti di supporto e aggregazione spontanea, quell'effetto di riequilibrio delle forze in gioco ed alla quale consegue la finalità di deterrenza di cui si è parlato in esordio.

2.4. La class action all'italiana: il modello dell'*opt-in* e l'atto di adesione.

Come già rimarcato più volte, la nuova *class action* italiana, così come messa a punto dal legislatore del 2009, si avvicina quanto più possibile al modello statunitense, salvo il limite del mancato accoglimento dell'*opt-out*, quale connotato strutturale fondamentale dell'istituto.

La scelta italiana ha così accolto un modello che è imperniato sul sistema dell'*opt-in*, in base al quale si prevede che, qualora il singolo componente della classe avvii l'azione collettiva risarcitoria, questa condurrà ad una decisione della quale potranno beneficiare tutti coloro che abbiano espressamente formulato l'intenzione di farlo tramite il meccanismo dell'*opt-in*, ossia che abbiano prestato la loro adesione al processo.

Quindi nel modello nostrano i consumatori o utenti che fanno parte del processo non sono necessariamente tutti i titolari dei diritti seriali, salvo espressa loro rinuncia, come avviene negli Stati Uniti, bensì solo coloro che siano prontamente attivati per godere dei benefici del giudicato dell'azione di classe ^[20].

Abbiamo già detto di come nel complesso dei connotati del nuovo istituto, si ponga in primo luogo l'apertura alla "legittimazione diffusa" dei singoli componenti della classe in quanto, secondo la nuova versione dell'art. 140 *bis*, cod. cons., l'azione può essere anche da un singolo componente della classe, ovvero da un'associazione di categoria cui uno o più componenti della classe abbiano dato mandato ^[21].

La scelta italiana dell'*opt-in* non impedisce di riscontrare, non diversamente dal modello statunitense, seppur larvamente rispetto ad esso, un meccanismo di entificazione della classe attorno ad un singolo componente della stessa.

Infatti anche nell'art. 140 *bis* cod. cons. si ritrova l'entificazione attraverso il riscontro, in sede di giudizio di ammissibilità dell'azione, circa la adeguata rappresentatività dell'appartenente alla classe e la sua capacità di curare adeguatamente l'interesse della stessa e viene accertata attorno ad un nucleo di questioni comuni che è compito del Tribunale controllare genericamente *ex ante*.

L'azione di classe si compone infatti di due fasi, di cui la prima consta di un controllo di ammissibilità dell'azione nel cui contesto il Tribunale verifica, tra gli altri parametri individuati al 6° comma, anche la adeguata rappresentatività dell'attore di classe ^[22].

Ad ogni modo, a seguito della novella del 2009 il riconoscimento in capo al singolo componente della classe di una legittimato *uti singulus* e che solo eventualmente si avvale dell'assistenza di un'associazione cui dà mandato o di un comitato cui partecipa, dà vita secondo la dottrina prevalente ad un fenomeno di sostituzione processuale *ex lege*, in cui l'aspetto volontaristico attiene solo alla scelta in ordine all'adesione e quindi della confluenza delle varie posizioni soggettive nell'azione collettiva, mentre effetti ed intensità della sostituzione sono espressamente regolati nel senso di un controllo assoluto ed incontrastato di condotta e strategia processuali da parte dell'attore di classe, oltre che un'assoluta esclusività della sua iniziativa ^[23].

In tal senso, anche l'art. 140 *bis*, 3° co., secondo periodo, cod. cons. specifica che «l'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15» e sempre in vista della concentrazione dei giudizi, la medesima norma prevede che «non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9» (art. 140 *bis*, 14° co., terzo periodo, cod. cons.).

La partecipazione al giudizio da parte di soggetti diversi dal proponente avviene mediante un atto di adesione che ha la natura giuridica di un atto di delega, da depositare direttamente in cancelleria o all'uopo consegnato all'attore, ovvero proposto anche in via telematica, tramite invio a mezzo di posta elettronica certificata e con firma digitale ^[24].

Si ritiene che la volontà di prestare la propria adesione possa essere manifestata anche *ex ante* rispetto alla sua instaurazione, come invero parrebbe sottintendersi al 3° comma, ult. periodo, dell'art. 140 *bis* là dove immagina un'interruzione della prescrizione già connessa alla notificazione della domanda per coloro che abbiano prestato un'adesione anticipata rispetto al giudizio d'ammissibilità.

L'atto di adesione non ha quindi i connotati strutturali di una domanda giudiziale, ma costituisce semplicemente un atto di perseguimento della tutela giurisdizionale del proprio diritto, tanto è vero che, coerentemente, l'art. 140 *bis* al 3° comma, primo periodo, non richiede per la sua proposizione il ministero di difensore.

Ciò in quanto - in virtù di quel meccanismo di sostituzione processuale *ex lege* che dà corpo all'entificazione della classe - l'adesione non conferisce all'aderente alcun controllo sulla conduzione del processo e così non lo rende attore in una sua propria causa.

Nell'ottica di "entificazione" della classe, accolta dal legislatore, autorevole dottrina sostiene la tesi della revocabilità dell'atto di adesione ^[25].

Nonostante la mancata parificazione dell'atto di adesione ad una vera e propria domanda giudiziale, non pare possa dubitarsi che l'atto di adesione abbia i connotati strutturali del potere di agire in giudizio.

Attraverso l'adesione si deduce in giudizio il diritto del singolo, avviandolo ad una decisione che, in quanto il titolare assumi quei connotati che caratterizzano il suo credito come seriale o isomorfo, ne definirà l'esistenza con forza di giudicato anche nei confronti dell'aderente.

All'adesione sono inoltre comunque ricollegabili gli effetti della interruzione e della sospensione della prescrizione, tanto è vero che il 3° comma, ultima frase, dell'art. 140 *bis*, 3° co., cod. cons. stabilisce che «gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli artt. 2943 e 2945 c.c. decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione».

Nell'azione di classe non è perciò immaginabile un litisconsorzio, nemmeno aggregato, degli aderenti con l'attore, tanto è vero che il 10° comma dell'art. 140 *bis* cod. cons., esclude tassativamente qualunque tipologia di intervento di terzi, vuoi litisconsortile, vuoi adesivo.

Pertanto gli aderenti, a differenza di quanto accadrebbe se essi fossero veri e propri intervenuti in giudizio, non potranno autonomamente impugnare una sentenza di rigetto, verosimilmente neppure se il rigetto fosse motivato con la loro "estraneità" alla classe.

Proprio in vista dello sbarramento alla possibilità da parte di altri danneggiati a proporre un autonomo giudizio dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del 9° comma dell'art. 140 *bis* cod. cons., vengono dal legislatore imposti al rappresentante della classe puntuali obblighi di pubblicità, onde consentire la massima adesione all'azione da adempiersi nelle forme e modalità che verranno indicate dallo stesso Tribunale e dalla cui mancata ottemperanza consegue l'improcedibilità della domanda, sempre a termini del 9° comma, secondo periodo ^[26].

La disposta improcedibilità dell'azione, non essendo rimediabile successivamente, costituisce più propriamente una vera e propria causa d'inammissibilità della domanda stessa, sebbene, in questo unico caso, nulla osti alla sua successiva riproposizione.

Ancorché gli aderenti non possano rivestire alcun ruolo nel giudizio è comunque avvertita l'esigenza di tutelare gli stessi, come emerge anche all'11° comma dell'art. 140 *bis* cod. cons., ove si contempla la possibilità che il Tribunale, anche in corso di lite, oneri le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti.

Si prevede quindi a carico del proponente l'azione di classe un doppio onere di pubblicità sia a monte del giudizio ed immediatamente dopo la declaratoria di ammissibilità dello stesso, da cui conseguirà l'improcedibilità della domanda, a termini del 9° comma, secondo periodo, sia a valle dello stesso, ogni qual volta il Tribunale lo valuti necessario a tutela di tutti gli aderenti all'azione.

Solo dinanzi all'opzione di una definizione in via transattiva delle controversie, l'autonomia decisionale dei singoli aderenti torna a giocare un ruolo decisivo rispetto all'efficacia "totalizzante" delle scelte operate dall'attore collettivo.

Infatti l'efficacia di una transazione per tutti gli aderenti al processo è subordinata ad una loro espressa manifestazione di volontà ^[27].

La necessità di un consenso *singulatim* per un'eventuale transazione, costituisce una cautela introdotta con la novella del 2009, volta a prevenire comportamenti opportunistici del rappresentante della classe e del *pool* dei suoi avvocati, potenzialmente interessati ad un esito transattivo anche insoddisfacente per la classe ma comunque remunerativo per loro, nonché a prevenire casi di conflitti d'interesse ^[28].

Al fine di poter svolgere al meglio la fondamentale opera di selezione dell'attore di classe, la competenza a conoscere delle controversie di classe, sia nella fase del vaglio preliminare di ammissibilità sia in quella di merito, è stata affidata a giudici specializzati.

In particolare, l'azione di classe è esperibile con atto di citazione dinanzi alla sez. Specializzata di Tribunale del capoluogo in cui ha sede l'impresa convenuta, in quanto l'opzione legislativa si è espressa nel senso della concentrazione della competenza per territorio in capo ai soli Tribunali del capoluogo di distretto di Corte d'Appello ove è sedente l'impresa.

Il 4° comma dell'art. 140 *bis* cod. cons. prevede poi un'ulteriore concentrazione di competenza, in quanto ulteriormente restringe il numero dei Tribunali competenti per territorio, prevedendo la competenza del Tribunale di Venezia per l'intero Triveneto, del Tribunale di Roma anche per Umbria, Marche, Abruzzo e Molise, e del Tribunale di Napoli anche per Calabria e Basilicata.

Le sez. specializzate dei Tribunali sono chiamate sempre a giudicare in composizione collegiale (art. 140 *bis*, 4° co., ultimo periodo, cod. cons.) e con riferimento alle regole applicabili al processo, la scelta legislativa in materia è stata quella di conferire un'ampia discrezionalità al giudice nel definire le modalità procedurali e di rito per lo svolgimento del giudizio che appaiono più confacenti alla tipologia di azione ^[29].

In mancanza di puntuali indicazioni normative ed in assenza di un esplicito richiamo alle norme del codice procedurale essendo la gestione del processo in buona parte rimessa alle scelte del giudicante, la prima udienza del processo di classe si svolge al di là degli schemi dell'art. 183 c.p.c. e dell'ivi contemplata triplice scansione delle memorie, sebbene comunemente si ritenga che le parti possano a detta udienza poter precisare o modificare le domande o le eccezioni già formulate, se del caso, previa concessione di un termine per il deposito di memorie autorizzate ^[30].

Pur in mancanza di un'espressa indicazione normativa in tal senso, si ritiene comunque che all'attore sia offerta la possibilità di proporre le domande e le eccezioni che siano conseguenza delle domande e delle eccezioni formulate dal convenuto.

La completa deformalizzazione del processo di classe ha sollevato inoltre la questione circa l'ammissibilità della chiamata in causa del terzo, problematica questa risolta in senso positivo dalla giurisprudenza, ferma restando l'esclusione della possibilità di qualsiasi intervento volontario da parte del terzo stesso (art. 140 *bis*, 10° co., cod. cons.) ^[31].

Tra l'altro la segnalata differenza strutturale con il sistema dell'*opt-out* americano non si ripercuote più nemmeno sul problema del contenuto della sentenza finale.

Essendo state tendenzialmente escluse dall'ambito applicativo tracciato nel 2° co. dell'art. 140 *bis* cod. cons. le fattispecie dei danni alla persona (se non, residualmente, ove siano conseguenti ad un danno da responsabilità del produttore), è stato possibile configurare un'azione collettiva che tenga partitamente in considerazione tutte le singole posizioni soggettive di coloro che abbiano scelto l'adesione, senza timore che una simile vicenda processuale risulti eccessivamente appesantita dalle questioni personali.

L'azione collettiva italiana, imperniata sull'*opt-in*, deve dunque arrivare fisiologicamente ad una sentenza che quantifichi il danno (o la pretesa restitutoria) nei confronti di tutti i soggetti che vi abbiano aderito, trovando una valvola di sfogo per le situazioni maggiormente complesse, da un lato, nello strumento "semplificante" della liquidazione equitativa ex art. 1226 c.c., dall'altro lato nella possibilità di procedere, anziché alla quantificazione *singulatim*, alla determinazione dei criteri omogenei di calcolo per la liquidazione delle somme dovute ^[32].

In verità il richiamo alla norma dell'art. 1226 c.c. è apparso non del tutto a proposito, essendo pacifico che tale strumento non vale ad alleggerire la prova del danno e della sua consistenza, quanto meramente la sua quantificazione.

2.5. Il giudizio-filtro di ammissibilità dell'azione.

Nel testo riformato dell'articolo 140 *bis* cod. cons. il giudizio-filtro di ammissibilità dell'azione collettiva risarcitoria ha cambiato completamente di significato.

Nell'originaria formulazione risalente al 2007 esso rappresentava semplicemente un vaglio *ante causam* circa la fondatezza dell'azione proposta, a salvaguardia principalmente delle imprese contro iniziative giudiziarie manifestamente infondate.

Successivamente il disposto dell'art. 140 *bis* cod. cons., così come modificato nel 2009, ha poi previsto che il giudizio di ammissibilità, pur rimanendo sempre legato ad un giudizio sommario e prognostico circa la probabilità di accoglimento della domanda, risulti arricchito nel senso di risultare più specificamente funzionale ad un vaglio in via preventiva circa la rappresentatività dell'attore collettivo ^[33].

Quello del giudizio preventivo di adeguata rappresentatività è peraltro il connotato che più avvicina la nostra azione di classe alla *class action* statunitense.

Il disposto dell'art. 140 *bis*, 6° co., cod. cons. affida testualmente il giudizio di ammissibilità dell'azione a quattro criteri, di cui il più importante, ovvero l'identità dei diritti è stato oggetto di modifica per effetto della recente l. 24.03.2012, n. 27 di conversione del d.l. 24.01.2012, n. 1, che lo ha sostituito con il più elastico criterio dell'omogeneità.

Attualmente il disposto dell'art. 140 *bis*, 6° co., secondo periodo, cod. cons. recita testualmente che «La domanda è dichiarata inammissibile quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe».

Il primo dei criteri sui quali si fonda il giudizio di ammissibilità è costituito, come in passato, dalla non manifesta infondatezza della domanda.

Si tratta come detto di una valutazione in fatto ed in diritto, circa la probabilità di accoglimento della domanda, di carattere necessariamente sommario, ma da compiersi non esclusivamente allo stato degli atti di causa, essendo espressamente prevista dall'art. 140 *bis*, 6° co., primo inciso, cod. cons., la possibilità da parte del giudice di assumere sommarie informazioni che avallino la prospettazione dell'attore, ovvero di sospendere il giudizio di ammissibilità in attesa di un'istruttoria che si compia davanti ad una diversa autorità giurisdizionale o anche ad un giudice speciale o una *Authority* ^[34].

Il secondo elemento che il Tribunale deve vagliare in funzione del giudizio filtro di ammissibilità dell'azione è quello della insussistenza di un conflitto di interessi tra colui che si presenta quale rappresentante della classe e la classe medesima, in ragione dei rapporti che il proponente l'azione possa avere con l'impresa convenuta.

Il vaglio giudiziale, volto ad escludere un possibile conflitto di interessi, è esattamente mutuato dalla normativa statunitense, in cui la previsione è posta al fine di scongiurare tutti quei casi tratti dalla prassi americana in cui l'utilizzo dello strumento della *settlement class action*, era attuato per fini fraudolenti, in cui erano le stesse imprese a spingere il consumatore, utente del servizio e come tale esso stesso vittima della loro condotta, a promuovere una *class action* per poi giungere ad una transazione capestro che sarebbe divenuta vincolante anche per tutte le altre vittime sia attuali che future.

Il caso più macroscopico di conflitto di interessi è quello di alcune imprese statunitensi, che avevano utilizzato amianto nei processi di lavorazione, e verso la fine degli anni '90 si erano rivolte ad un *pool* di legali per far promuovere una *class action* e, ottenuta la certificazione, avevano l'intenzione di concludere una transazione tombale che avesse coperto qualunque altra pretesa risarcitoria anche da parte di tutti i futuri soggetti che avessero successivamente contratto una patologia da asbestosi ([35]).

Per la verità una simile ipotesi fraudolenta per i diritti dei consumatori rappresenta nel nostro sistema un'eventualità difficile a verificarsi nella pratica e ciò principalmente per due ordini di ragioni.

In primo luogo, mentre nel sistema statunitense un'eventuale transazione della causa è destinata irrimediabilmente a vincolare tutti i partecipanti alla classe, nel sistema nostrano ciò è espressamente escluso, avendo l'art. 140 *bis* cod. cons. espressamente previsto al 1° co. che l'eventuale transazione collettiva possa assumere efficacia sui crediti individuali solo attraverso l'esplicita adesione del singolo interessato.

Inoltre in Italia, i limiti oggettivi posti dal legislatore all'utilizzabilità dell'azione di classe tendono a contenere il pericolo delle c.d. classi virtuali, sia perché rimane espressamente escluso il ricorso alla *class action* per la tutela di diritti fondamentali (esclusi i danni alla persona da prodotti difettosi), sia in quanto si riterrebbe comunque mancante per tali ipotesi il criterio della omogeneità dei diritti, sia infine perché le eventuali vittime - future o potenziali - non potrebbero comunque partecipare all'azione per difetto di interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) e quindi, per il sistema dell'*opt-in*, non potrebbero comunque aderirvi ed essere conseguentemente pregiudicate dall'eventuale giudicato che eventualmente dovesse formarsi.

Ad ogni modo, pur in presenza di tali multiple garanzie, l'eventualità che sia l'impresa a selezionare l'attore collettivo per garantirsi una controparte più docile o addirittura interessata al "naufragio" dell'azione e di tutti i suoi incauti aderenti, è giustamente contemplata anche dal legislatore italiano, il quale esclude l'ammissibilità dell'azione per il caso di un possibile conflitto di interessi.

Il terzo elemento che il giudice è chiamato a prendere in considerazione ai fini della pronuncia-filtro di ammissibilità della domanda è rappresentato dalla necessaria omogeneità dei diritti individuali tutelabili in sede collettiva.

Come già anticipato, il criterio della identità dei diritti tutelabili con una *class action* è stato recentemente sostituito con l. 24.03.2012, n. 27 dal criterio della omogeneità degli stessi, in quanto si è voluto, come ricordato in premessa, introdurre un criterio maggiormente elastico e conseguentemente allargare la possibilità di ricorso all'azione di classe ad un numero maggiore di casi, considerato che la maggior parte delle cause di inammissibilità dell'azione di classe si è appuntata in passato proprio sulla mancanza del criterio dell'identità dei diritti.

Pur nella disposta modifica rimane pur sempre fermo l'assunto per cui la possibilità di un trattamento congiunto di una pluralità di crediti seriali ed isomorfi all'interno di un medesimo processo richiede comunque una comunanza di questioni di fatto e diritto, in assenza delle quali l'azione collettiva è impossibilitata a conseguire sia la finalità di economia processuale, sia gli obiettivi di offrire un adeguato ristoro ai componenti della classe, con il rischio che la vicenda contenziosa possa complicarsi eccessivamente per l'eterogeneità oggettiva delle posizioni soggettive dedotte in giudizio.

Nel contesto di valutazione sull'omogeneità dei diritti individuali tutelabili, il giudice è quindi chiamato a compiere un'opera di perimetrazione e di confinazione di quelle che sono le questioni comuni rilevanti, e così delimitare quelli che potranno essere i confini della classe e dei soggetti potenzialmente aderenti al giudizio.

Ciò è espressamente previsto, al 9° co., lett. a), dell'art. 140 *bis*, cod. cons., ove si contempla l'onere per il giudice di definire, nel provvedimento di ammissibilità dell'azione, i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiederanno di aderirvi siano inclusi nella classe o debbano, al contrario, ritenersi esclusi dall'azione ([36]).

Con l'espressione "diritti omogenei" si intende una serie di posizioni giuridiche soggettive che risultano caratterizzate dalla comunanza della maggior parte degli elementi costitutivi (le circostanze di verifica del fatto dannoso, la tipologia di danno subito, il nesso causale tra comportamenti e danno e la lesione dell'interesse tutelato), ma non necessariamente di tutti e quindi non si richiede che vi sia piena identità dei diritti.

Al contrario, secondo gli insegnamenti tratti dalla casistica offerta dalle decisioni rese dai vari tribunali italiani in tema di ammissibilità dell'azione di classe, il requisito dell'identità dei diritti poteva invece dirsi soddisfatto non solo in presenza di una stessa *causa pretendi* e di un'identità dell'oggetto della pretesa fatta valere in giudizio (*petitum*), che doveva avere carattere pecuniario ed essere di natura risarcitoria o restitutoria, ma la formale e/o sostanziale corrispondenza dei diritti fatti valere doveva essere ancora più profonda, in quanto si riteneva dovesse esservi anche un'identità assoluta. In tal senso si reputava opportuno considerare come identici i diritti formalmente vantati, solo qualora vi fosse esatta corrispondenza anche avuto riguardo alle specifiche circostanze in cui il danno si era verificato per ciascuno degli appartenenti alla medesima classe.

Unica deroga consentita nel processo di qualificazione dei diritti fatti valere come strettamente identici era che non si riteneva necessario che il danno lamentato dai proponenti fosse identico anche nel suo ammontare.

La risposta negativa si faceva derivare dalla lettera della norma, ove il 12° co. dell'art. 140 *bis* cod. cons. menziona le "somme definitive" liquidate dal giudice con la sentenza di condanna, ovvero la determinazione sempre da parte del Tribunale del "criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme", il che induceva gli interpreti a propendere per una possibile differenza tra le somme liquidate a ciascun proponente o aderente.

Tuttavia se anche l'esito dannoso poteva essere difforme, la giurisprudenza continuava a richiedere comunque per il diritto tutelabile con l'azione di classe un'identità assoluta, nel senso che doveva consistere nella ripetitività delle situazioni per così dire "fotografate" nella loro oggettività, divergenti tra loro solo per la loro riconducibilità ai soggetti differenti, ma pur sempre accomunati dal medesimo *status* di componenti della classe.

Ciò portava i Tribunali Italiani ad escludere l'ammissibilità dell'azione di classe, per una gran parte dei casi in cui la stessa era stata proposta.

Bisogna infatti considerare che nella maggior parte dei casi l'illecito che esprime il fatto costitutivo comune si struttura in una condotta dell'impresa che non può dirsi unitaria dal punto di vista ontologico, atteso che di norma si estrinseca in una serie di condotte illegittime, ciascuna delle quali con caratteri diversi ed involgente un singolo consumatore o utente e non un altro.

In tale ottica sarebbe quindi mancata l'identità di posizioni ogni qual volta la condotta dell'impresa avesse assunto modalità diverse in differenti unità di spazio e di tempo ed in tali casi l'azione di classe sarebbe risultata inammissibile, in quanto ogni singola condotta avrebbe richiesto uno specifico accertamento con riferimento alle diverse modalità con cui si era manifestata nei confronti dei singoli consumatori, operazione questa che risultava inattuabile all'interno di un'azione collettiva.

In altri termini, si affermava che la "classe" deve essere considerata come una categoria unitaria, che non è possibile distinguere in sotto-gruppi, sotto-classi, sotto-categorie di diritti appartenenti ai soggetti inclusi nella "classe" stessa e protetti da una definizione ampia di essa, in quanto in tal modo si determinerebbe la frammentazione della classe e si spezzerebbe l'omogeneità della pretesa risarcitoria, conducendo verso l'inammissibilità dell'azione di classe.

Il presupposto eccessivamente stringente dell'identità assoluta dei diritti individuali tutelabili con l'azione di classe ha persuaso il legislatore alla recente modifica, apportata con l. 24.03.2012, n. 27 di conversione del d.l. 24.01.2012 n. 1, sebbene anche la dottrina nella vigenza del vecchio testo avesse sollecitato un'interpretazione debolmente più ampia del concetto di identità assoluta.

Un esempio emblematico può essere tratto dalla casistica giurisprudenziale in materia di violazione del dovere di informazione sulle caratteristiche dei prodotti finanziari, in cui vi erano dei casi nei quali il consumatore aveva sottoscritto moduli predisposti dall'intermediario che consentivano a questo un potere di scelta dei vari prodotti finanziari, altri casi in cui il consumatore aveva sottoscritto moduli di acquisto di prodotti non adeguatamente illustrati, altri casi ancora in cui il consumatore non aveva sottoscritto moduli di acquisto, ma moduli di gestione del patrimonio ed infine casi in cui il consumatore aveva effettuato una pluralità di investimenti in una sola volta, oppure gli investimenti erano stati effettuati in tempi diversi ed ancora, alcuni consumatori avevano dichiarato una bassa propensione al rischio, in altri una media e in altri una alta propensione ^[37].

Oppure, si pensi al danno alla salute derivante dalla diffusione di una partita di cibo in scatola avariato: i danni potrebbero riguardare diverse partite dei prodotti, diversi periodi di tempo di immissione sul mercato, diversi riflessi sulla integrità fisio-psichica, diversi tipi di danno patrimoniale correlati con l'attività lavorativa che non si è potuta esercitare, diverse tipologie di consumatori distinti per età ed esperienza, e così via.

In tutti queste ipotesi si riteneva che formassero classi separate che richiedono quindi azioni separate, non essendo possibile creare sottoclassi di un'unica classe per un'unitaria azione di classe.

A tali e tanti inconvenienti ha cercato di porre un argine il legislatore nel 2012, ma per comprendere a pieno il concreto significato e l'estensione che deve attribuirsi al nuovo criterio dell'omogeneità dei diritti, bisognerà forse attendere le prime pronunce giurisprudenziali in argomento.

Può comunque affermarsi che in base al nuovo criterio non è più richiesta una totale corrispondenza anche delle circostanze in fatto che hanno determinato l'evento dannoso, ma dovrà quanto meno sussistere un'omogeneità sostanziale derivante dalla stessa tipologia di danno risarcibile ed un'omogeneità formale derivante dall'identità del "titolo", sia esso fondato sul contratto o sull'atto illecito, in base al quale si agisce.

In tal senso sembra infatti deporre il tenore del 3° co. dell'art. 140 *bis* cod. cons., ai sensi del quale "l'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo".

Ai fini dell'accertamento del requisito dell'omogeneità, deve quindi sussistere quanto meno una comunanza del fatto costitutivo del diritto o della questione di diritto da cui dipendono le singole pretese.

L'ultimo criterio di valutazione inserito nella nuova versione dell'art. 140 *bis* cod. cons. e che rappresenta il cuore nel procedimento di entificazione della classe, attiene infine al giudizio circa l'adeguata rappresentatività dell'attore.

Il giudizio di adeguatezza del proponente è volto sostanzialmente a verificare che l'azione di classe sia attivata solo da parte di un soggetto che prometta di avere la capacità di coltivarla e portarla a termine con le energie e le capacità sufficienti al ruolo ricoperto, specie al fine di evitare che gli effetti conseguenti alla sostituzione processuale *ex lege* nei confronti di tutti i possibili aderenti possano tornare a loro pregiudizio, per il caso in cui si siano affidati a chi non sia in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe, privati come sono di ogni possibilità di controllo diretto sul processo e sulle modalità di sua conduzione ^[38].

Proprio al fine di scongiurare una possibile dichiarazione di inammissibilità dell'azione per la riscontrata non adeguata rappresentatività dell'attore, la prassi seguita sino ad oggi in Italia mostra come le azioni di classe siano sempre state proposte da enti rappresentativi dei consumatori, dietro esplicito mandato alle liti rilasciato dal singolo appartenente alla classe.

Dal punto di vista procedurale l'ordinanza con la quale il Tribunale dichiara l'ammissibilità o l'inammissibilità della domanda è reclamabile dinanzi alla Corte di Appello competente per territorio, che a sua volta pronunzia con ordinanza in camera di consiglio ^[39].

Il reclamo dell'ordinanza ammissiva non sospende il procedimento davanti al Tribunale ed il provvedimento che lo definisce, non essendo definitivo, può essere a sua volta impugnato in Cassazione.

Nel contesto della pronuncia d'ammissibilità, e come ulteriore elemento di somiglianza con la *class action* statunitense, benché con effetti sostanziali del tutto differenti rispetto al nostro ordinamento, si prevede poi che il Tribunale fissi "termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli aderenti alla classe".

L'ottemperanza da parte del proponente l'azione agli oneri di pubblicità come indicati dal giudice in sede di pronuncia di ammissibilità dell'azione, costituisce addirittura condizione di ammissibilità della domanda.

A tal proposito si consideri infatti che l'avvio di una *class action*, per essere ragionevole, deve necessariamente comportare la prospettiva di larghe adesioni all'azione collettiva: se infatti l'interesse a tutela del quale si è proposta l'azione non ha la capacità di porsi come modello per un numero ampio di crediti seriali ed isomorfi, allora non vi sarebbe neppure l'utilità pratica in termini deflattivi a celebrare un processo di classe.

2.6. I limiti soggettivi ed oggettivi all'azione di classe.

Dal punto di vista dei soggetti legittimati, l'azione di classe potrà essere promossa esclusivamente da colui che rivesta, ai sensi dell'art. 3 cod. cons., la qualità di consumatore o utente ^[40].

I limiti soggettivi all'azione di classe e la conseguente scelta del legislatore di limitare la legittimazione attiva all'azione soltanto al consumatore, traggono abbrivio sia dalla collazione sistematica dell'azione collettiva risarcitoria all'interno del codice del consumo, sia in ragione dello stesso disposto dell'art. 140 *bis* che, al 1° comma, richiama espressamente i diritti individuali omogenei dei "consumatori e degli utenti" ^[41].

Per la definizione di consumatore o utente è necessario riferirsi all'art. 3 cod. cons., il quale stabilisce che ai fini del medesimo codice per consumatore o utente si intende "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta" mentre per associazioni dei consumatori e degli utenti, il codice intende riferirsi alle "formazioni sociali che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori o degli utenti" ^[42].

Sempre con riferimento alla nozione di consumatore e quindi di rimando per quanto concerne l'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 140 *bis* cod. cons., deve riconoscersi la relativa qualifica anche in capo a chi svolga pur in via marginale un'attività di tipo professionale ^[43].

Per quanto invece concerne il profilo della legittimazione passiva, risultano legittimate passivamente all'azione di classe solo le imprese private ed i professionisti, intendendosi ai sensi dell'art. 3 cod. cons. lett. c) "la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, ovvero un suo intermediario", con esclusione quindi delle Pubbliche Amministrazioni ^[44].

Allorché l'impresa convenuta in giudizio sia di nazionalità straniera, ma risieda in un paese aderente all'Unione Europea, la giurisdizione del Tribunale Italiano, da vagliarsi in sede di prima udienza, dovrà essere accertata sulla base delle regole sul foro del consumatore dettate dal Regolamento CE n. 44/2001 del 22.12.2000, concernente la competenza giurisdizionale il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

Qualora invece si tratti di impresa straniera non appartenente all'area UE, che non abbia espressamente accettato la giurisdizione italiana eccependone il relativo vizio nel primo atto difensivo utile, troverà applicazione l'art. 11 della l. 218 del 1995 (contenente le disposizioni sul diritto internazionale privato

italiano), a mente del quale il difetto di giurisdizione può essere rilevato d'ufficio dal giudice in qualsiasi stato e grado del procedimento, se il convenuto è contumace, ovvero se la giurisdizione italiana è esclusa per effetto di una norma di diritto internazionale.

Dal punto di vista dei limiti oggettivi all'azione e quindi per quanto attiene alla tipologia di danni risarcibili attraverso un'azione di classe, tra le modifiche apportate nel 2009 all'art. 140 *bis* cod. cons., sono state meglio individuate le situazioni giuridiche la cui lesione legittima la possibilità di attivare l'azione di classe.

Nonostante la modifica apportata, i maggiori profili problematici sollevati dall'azione collettiva risarcitoria si appuntano, ancor oggi, anche se in maniera più sopita rispetto alla sua precedente versione, sull'esatta individuazione delle tipologie di diritti in cui l'azione di classe può essere esplicitamente garantita.

Dei limiti oggettivi all'azione si occupa in particolare il 2° comma dell'art. 140 *bis* cod. cons., il quale prevede che la tutela di un diritto per trovare ingresso in un'azione di classe dovrà in primo luogo trarre la sua fonte da un vincolo di «natura contrattuale», tra consumatori ed imprese, non anche con il professionista, tenuto conto dell'esplicito riferimento della norma alla sola «impresa» ⁽⁴⁵¹⁾.

Tra i diritti contrattuali la richiamata norma esplicitamente include anche le situazioni derivanti dalla stipulazione di condizioni generali o di contratti conclusi tramite moduli o formulari (artt. 1341 e 1342 c.c.), qualora ricorra un'identità di posizione rispetto ad una pluralità uniforme di consumatori o utenti.

Tra le maggiori difficoltà interpretative che la norma pone, v'è poi quello di stabilire se i diritti che derivano da fonte contrattuale tutelabili attraverso l'azione di classe siano tutti i contratti del consumatore in generale, ovvero solo quelli esplicitamente contemplati dalla norma.

Dal un lato parte della dottrina sostiene che, sebbene il 2° co. dell'art. 140 *bis* cod. cons. non faccia menzione, a proposito dei «diritti contrattuali», alla disciplina contenuta nel codice del consumo, va da sé che - in virtù della sua collocazione sistematica - la fonte contrattuale primaria sia costituita dai contratti del consumatore e quindi dalle regole legislative e convenzionali che si applicano ad essi.

L'inciso «*inclusi* i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile» sarebbe pertanto additivo.

La conoscibilità delle condizioni generali di contratto (art. 1341, 1° co., c.c.), la inefficacia delle clausole vessatorie elencate nel 2° comma della medesima disposizione, la prevalenza delle clausole aggiunte su quelle predisposte in moduli o formulari (art. 1342 c.c.) ampliano, in quanto possibile, l'ambito di tutela assicurato dalle disposizioni contenute nel codice del consumo.

La richiamata dottrina ritiene quindi che la disciplina delle azioni risarcitorie collettive dettata all'art. 140 *bis* cod. cons. debba essere ricondotta in via sistematica al contesto normativo del codice del consumo nel quale la stessa è collocata e quindi debba essere integrata dalle disposizioni della materia, anche se non esplicitamente richiamate, come in particolare quelle dettate all'art. 2 che apre il codice.

Seguendo tale filone di pensiero i diritti che derivano da fonte contrattuale tutelabili attraverso un'azione di classe sarebbero dei più vari, tra i quali a titolo esemplificativo si pongono i «rapporti di consumo», secondo i quali si articola la normativa contenuta nell'apposito codice di settore, e quindi i contratti del consumatore in generale, cioè le clausole vessatorie (artt. 33 ss. cod. cons.), la promozione delle vendite (artt. 39 ss. cod. cons.), il credito al consumo (anche se solo accennato per un rinvio), la conclusione di contratti fuori dei locali commerciali, la conclusione di contratti a distanza inclusi i servizi finanziari ai consumatori, la multiproprietà, i servizi turistici, le clausole di esonero dalla responsabilità del produttore (art. 124 cod. cons.) e le garanzie nella vendita (artt. 128 ss. cod. cons.).

In senso contrario si è evidenziato che la norma in esame, introducendo un nuovo strumento processuale, possa esorbitare dall'ambito del codice del consumo che, pur attenendo alla disciplina dei rapporti che si intrecciano tra professionisti e consumatori, non rappresenta uno statuto dei «diritti dei consumatori», anche se all'art. 2 vengono enunciati i diritti fondamentali degli stessi, ma in modo certamente non esaustivo.

Aderendo a tale seconda prospettiva non si applicherebbero all'azione di classe le limitazioni riguardanti le condizioni di decadenza e prescrizione stabilite dal codice del consumo in deroga alle disposizioni generali del codice civile, nonché ancor meglio quelle riguardanti la tipologia dei danni risarcibili, specie per quelli derivanti da illecito aquilano, fermo restando che nel caso in cui l'azione fosse fondata sull'art. 2043 c.c. non sarebbe comunque possibile imputare al produttore una responsabilità di natura oggettiva.

L'indirizzo dottrinale maggioritario tende generalmente ad inquadrare tali azioni nell'ambito della disciplina consumeristica, compresa la loro irrinunciabilità, pena la nullità di ogni disposizione in contrasto (art. 143 cod. cons.) ed il rinvio operato per i contratti tra consumatore ed impresa (art. 38 cod. cons.) alla disciplina generale del contratto contenuta nel codice civile.

Contemporaneamente però l'indirizzo dominante, dal punto di vista della tipologia dei diritti tutelabili, predilige un'interpretazione restrittiva della lettera del 2° comma dell'art. 140 *bis* cod. cons., in virtù della quale il nuovo strumento processuale potrà essere utilizzato solo per la tutela dei diritti elencati nelle lett. a), b), c), della disposizione in commento, ma non per la tutela di *tutti* i diritti «riconosciuti come fondamentali» dall'art. 2 cod. cons., e sebbene i diritti espressamente elencati come oggetto di tutela offerta dall'azione di classe siano riconducibili ai diritti fondamentali, ma senza esaurirli interamente ⁽⁴⁶¹⁾.

L'azione di classe è quindi uno strumento che riguarda dunque solo alcuni dei diritti soggettivi fondamentali elencati all'art. 2 cod. cons., non tutti i diritti dei consumatori ivi contemplati.

Stante la richiesta natura contrattuale, rimangono comunque estranee alla operatività dell'azione di classe le domande di risarcimento del danno da fatto illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Saranno di conseguenza esclusi dall'ambito di proponibilità dell'azione di classe le condanne per lesione dei diritti fondamentali della persona, qualora non derivino da un inadempimento di natura contrattuale, come nel caso della responsabilità medica nei confronti dell'ente ospedaliero, la cui natura contrattuale è ormai da tempo acclarata dalla costante giurisprudenza.

L'esclusione della *class action* per i danni alla salute da illecito extracontrattuale, ad eccezione del danno da prodotto difettoso che è invece esplicitamente contemplato al 2° co., lett. b) dell'art. 140 *bis* cod. cons., è apparsa ai più ingiustificata, soprattutto in considerazione del fatto che nell'ordinamento statutense di derivazione, è proprio la tutela dei diritti inviolabili costituzionalmente garantiti, a costituire il più significativo banco di prova per il ricorso alla *class action*.

Non aver esteso la proponibilità dell'azione di classe anche alla tutela del diritto soggettivo alla salute, che sia stato leso da inquinamento o da deterioramento dell'ambiente, come pure per il diritto all'ambiente inteso come diritto collettivo alla conservazione dei beni ambientali, è apparsa ai più uno dei maggiori punti nevralgici e lacunosi della disciplina, nell'avvertita esigenza di assicurare a tutte le vittime di un disastro ambientale un efficiente e sollecito rimedio processuale risarcitorio.

A fronte di tali convincenti argomentazioni il legislatore della riforma apportata nel 2012 all'art. 140 *bis* cod. cons. sembra aver voluto prestare la propria attenzione, aprendo la possibilità a che anche gli interessi collettivi, possano oggi trovare protezione con l'azione di classe, la cui tutela non rimane pertanto circoscritta alla sola azione inibitoria di cui agli artt. 139 e 140 cod. cons.

Per quanto invece concerne la tutela dei diritti dei risparmiatori, ampia è la casistica circa il ricorso allo strumento processuale della *class action*, essendo tali posizioni giuridiche - ormai per giurisprudenza consolidata - accomunate ai diritti dei consumatori, pur trovando la propria tutela nel t.u. bancario e nel t.u. sulla intermediazione finanziaria, e quindi pur rimanendo estranei al codice del consumo, neppure se connessi ad un rapporto di credito al consumo, salva la disciplina dei contratti a distanza di servizi finanziari. Infatti i diritti dei risparmiatori si fanno generalmente rientrare, ad altro titolo, o nella categoria dei "diritti contrattuali" di cui al 2° comma, lett. a), ovvero nei danni da comportamenti anticoncorrenziali (art. 2, 2° co., lett. c, cod. cons.).

Sotto altro profilo il testo del 2° co., lett. b) dell'art. 140 *bis* cod. cons. fa poi riferimento ai «diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale» che viene comunemente interpretato dalla dottrina nel suo significato letterale, ovvero nel senso che tutte le vittime di un prodotto difettoso possono invocare il ricorso alla *class action*, qualora abbiano subito un danno dal prodotto.

Infatti il danno da prodotto non colpisce solo il consumatore finale, ma ogni vittima che sia venuta in contatto con il prodotto stesso, come il semplice *bystander*, l'ospite, il componente della famiglia che non ha comprato il prodotto.

Il "consumo" del prodotto non è quindi necessario per potersi avvalere della disciplina in esame, in quanto i soggetti sono tutelati "anche" a prescindere da un diretto rapporto contrattuale con il relativo produttore.

Tra l'altro la recente modifica del legislatore del 2012 operata all'art. 140 *bis*, cod. cons. al suo 2° comma, lett. b) e c) ed a mezzo della quale il termine "identici" è stato sostituito dall'espressione "omogenei", ha consentito di ricomprendere nell'ambito dei diritti azionabili collettivamente, attraverso una *class action* intentata nei confronti di un promotore o di un fornitore di un servizio, una serie di fattispecie plurioffensive che rimanevano precedentemente precluse, ove non esattamente tra loro coincidenti quanto a modalità e tempi di verifica della condotta illecita.

Se si tratta di consumo o di semplice "contatto" con il prodotto, l'azione rivestirà natura extracontrattuale ed il consumatore o il danneggiato potranno avvalersi della *class action* anche se non hanno istituito un rapporto contrattuale con il produttore.

Sorgono però sul punto due questioni che meritano di essere analizzate.

La prima è se l'azione sia proponibile dall'acquirente, che sia consumatore solo per *status*, ma che non abbia direttamente consumato il prodotto e quindi non sia stato colpito nella sua integrità fisica, ma abbia però istituito un rapporto contrattuale diretto con il produttore. L'inciso "anche" inserito nel testo della norma porterebbe ad ammettere l'azione di classe anche per tale eventualità.

La seconda questione è se legittimato passivo all'azione di classe sia solo il produttore, visto che il 2° comma lett. b) dell'art. 140 *bis* cod. cons. si riferisce al "produttore" senza definirlo e non parla esplicitamente anche del distributore.

Sebbene la formula dell'art. 3, 1° co., lett. d), cod. cons. dia una definizione ampia di produttore, che comprende anche altre categorie di professionisti e riprende le regole previste dall'art. 116 cod. cons. sulla responsabilità del fornitore e dell'importatore, la giurisprudenza si è espressa nel senso che la legittimazione passiva all'azione di classe spetta esclusivamente al produttore ^[47].

Anche in questo caso perde di significato la collocazione dell'art. 140 *bis* cod. cons. nel contesto di un codice di settore dedicato al consumo, piuttosto che nel codice civile o di procedura civile, tenuto conto che la norma non si coordina con altre disposizioni contenute all'interno dello stesso codice.

Sempre in ordine ai limiti oggettivi dell'azione di classe le questioni problematiche attengono, oltre all'esatta individuazione delle categorie di danno risarcibile, anche la tipologia di azioni esperibili.

Una delle questioni in cui si sono affacciate molte discussioni in dottrina già dalla precedente versione del testo dell'art. 140 *bis* cod. cons. riguardava il significato da attribuire all'espressione usata al 1° comma a norma del quale il consumatore «può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno ed alle restituzioni».

L'opinione secondo cui l'oggetto dell'azione di classe potesse essere dei più vari ed anche solo limitarsi al semplice accertamento della responsabilità dell'impresa, seppur autorevolmente sostenuta, non ha trovato avallo da parte della giurisprudenza ^[48].

Viene quindi disattesa dalla giurisprudenza quell'opinione secondo cui, in virtù del rinvio operato all'art. 38 cod. cons., a norma del quale «ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del codice civile», potevano ritenersi prospettabili nell'ambito dell'azione di classe, oltre alle azioni di risarcimento del danno, anche azioni di adempimento, azioni di risoluzione, azioni di accertamento finalizzate alla dichiarazione di nullità di clausole contrattuali ai sensi dell'art. 36 cod. cons., oppure un'azione di nullità dichiarata incidentalmente con condanna al risarcimento del danno *ex art.* 1338 c.c.

A seguito della recente modifica operata dalla l. 24.03.2012, n. 27, con l'inserimento tra le situazioni giuridiche tutelabili attraverso un'azione di classe anche degli interessi collettivi dei consumatori, sembrerebbe aver ripreso piede la possibilità che il giudizio possa concludersi con il semplice accertamento della responsabilità dell'impresa in conseguenza di un illecito plurioffensivo dalla stessa commesso.

La presenza di un interesse collettivo che sia stato leso potrebbe legittimare l'interesse della classe, attraverso un suo membro che ne sia adeguatamente rappresentativo, a far accertare giudizialmente in un processo unico, gli elementi costitutivi della responsabilità dell'impresa, per poi far valere in un giudizio separato i rispettivi diritti al risarcimento del danno.

3. Mediazione e class action

Nella versione attualmente in vigore, l'art. 140 *bis* cod. cons. non contiene alcun esplicito riferimento alla conciliazione, a differenza della versione varata nel 2007, in cui si riconosceva ampio spazio alla definizione concordata della controversia, ancorché solo a seguito della pronuncia generica del Tribunale sull'*an debeatur*.

Per le azioni aventi carattere inibitorio, l'art. 140 cod. cons. contempla invece espressamente la possibilità che, in fase antecedente al giudizio, le associazioni individuate nel 1° comma ed i soggetti indicati nell'art. 139, 2° comma, possano attivare ai sensi dell'art. 2, 4° comma, lett. a) della l. 29.12.1993, n. 580, la procedura di conciliazione dinanzi alla Camera di Commercio, oltre che avanti ad altri organismi di composizione stragiudiziale delle controversie, ma senza che la stessa sia posta come condizione di procedibilità dell'azione inibitoria stessa.

Anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, sulla mediazione nelle controversie "in materia civile e commerciale aventi ad oggetto diritti disponibili" (art. 2), che ha reso obbligatorio - per talune materie espressamente contemplate al suo art. 5, 1° comma - il ricorso allo strumento della mediazione come condizione di procedibilità della stessa domanda giudiziale, l'opzione legislativa si è chiaramente espressa nel senso che per le azioni di classe la mediazione, anche qualora verta sulle materie per cui ne è previsto l'esperimento obbligatorio, non rappresenti mai condizione di procedibilità dell'azione stessa.

La richiamata esclusione è infatti espressamente prevista all'art. 5, 1° co., del citato d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, ove nello stabilire in via generale obbligatorietà della mediazione, quale condizione di procedibilità dell'azione, in determinate materie ivi espressamente elencate, ha contestualmente

escluso dal raggio applicativo del tentativo obbligatorio di conciliazione le azioni inibitorie e risarcitorie regolate dagli articoli 37, 140 e 140 *bis* cod. cons. e successive modificazioni ^[49].

Nonostante la massiccia applicazione della mediazione obbligatoria per un cospicuo numero di azioni, nell'azione di classe la stessa non costituisce mai, neppure nelle materie di cui all'articolo 5, 1° comma, condizione di procedibilità della domanda, ma ciò non implica che l'azione di classe non precluda per sua natura il ricorso alla mediazione.

Il fatto della mancata esplicita previsione in seno all'art. 140 *bis* cod. cons. circa la possibilità di ricorso alla mediazione facoltativa non deve tuttavia far ritenere preclusa questa forma di risoluzione preventiva della lite, anzi, se ne dovrebbe comunque favorire l'utilizzo in termini deflattivi del processo.

Nessuno può infatti dubitare che le situazioni giuridiche tutelabili attraverso un'azione di classe rientrino nel novero dei «diritti disponibili» e delle «controversie di natura civile o commerciale» agli effetti dell'art. 2 del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

Le regole della mediazione debbono però coordinarsi con quelle dell'azione di classe.

E' opinione comune che nel caso delle azioni a tutela di interessi superindividuali, l'esclusione della mediazione obbligatoria nasca o in virtù dell'esistenza di un'autonoma condizione di procedibilità dell'azione, oppure generalmente dalla constatazione che non sarebbe comunque concepibile una mediazione nell'azione di classe fino a quando quest'ultima non abbia assunto i connotati che permetterebbero una mediazione allargata al maggior numero dei membri della collettività danneggiata, e quindi non prima della scadenza del termine per le adesioni.

Poiché l'articolo 140 *bis*, 15° comma, cod. cons. fa salvi i diritti individuali di coloro che non abbiano né promosso l'azione, né aderito alla stessa successivamente, prima di quel momento la mediazione intervenuta tra attore e convenuto in un'azione di classe non sarebbe distinguibile da una normale mediazione individuale, facente stato tra le sole parti del procedimento.

Affinché la mediazione sia idonea a propagare i propri effetti oltre l'attore e il convenuto e possa atteggiarsi a vera e propria mediazione di classe, occorre quindi attendere la scadenza del termine per l'adesione degli altri appartenenti alla classe medesima, ai sensi dell'articolo 140 *bis*, 9° comma, cod. cons.

Infatti, conformemente a tale assunto, l'art. 15 del d.lgs. 4.03.2010, n. 28, regola i rapporti tra la mediazione e l'azione di classe nel senso che «quando è esercitata l'azione di classe prevista dall'articolo 140 *bis* del codice del consumo, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, la conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito».

Di conseguenza, ogni legittimato alla promozione di una *class action* che ricada in una delle materie in cui è prevista la mediazione obbligatoria *ex d.lgs.* 4.03.2010, n. 28, potrà facoltativamente, una volta ottenuta la valutazione di idoneità a rappresentare gli interessi della classe e dopo il decorso del termine per le adesioni, tentare la mediazione proponendo apposita istanza presso gli organismi accreditati presso il Ministero della Giustizia.

Tuttavia, in caso di esito positivo della mediazione, l'estensione degli effetti dell'intervenuta mediazione di classe non sarà automatica, né potrebbe esserlo, a pena di incoerenza con il disposto dell'articolo 140 *bis*, 15° comma, cod. cons., a termini del quale «le rinunce e le transazioni intervenute nell'ambito dell'azione di classe non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi abbiano espressamente consentito».

Coerentemente al tenore della richiamata norma, anche l'articolo 15 del d.lgs. 4.03.2010, n. 28, prevede infatti che «la mediazione di classe abbia effetto nei confronti dei soli aderenti che vi abbiano espressamente consentito».

(Altalex, 19 novembre 2012. Articolo di [Mirca Sacchi](#))

[1] La letteratura in argomento registra ormai un significativo numero di scritti, tra i quali si segnala, tra i contributi più recenti, aa.vv., *I diritti del consumatore e la nuova class action*, in P.G. Demarchi (a cura di), Bologna, 2010; S. A. cerrato, *Un debutto stonato per la nuova class action italiana*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, 5, 619 ss.; G. costantino – C. consolo, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione di classe*, in *Corr. Giur.*, 2010, p. 985 ss.; G. costantino, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foto it.*, 2009, V, 388 ss.; G. D'alfonso, sub art. 140 *bis*, commento, in aa.vv., *Commentario breve al diritto dei consumatori*, in G. De Cristofaro e A. Zaccaria (diretto da), Milano, 2010, 957 ss.; M. de cristofaro, *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 10, 1992.

[2] La *class action* rappresenta quindi, anche nell'intenzione del legislatore italiano, uno strumento di disincentivazione di comportamenti abusivi, elevando così il tasso di spontaneo rispetto delle norme a fondamento pubblicistico sulla regolazione del mercato a tutela dei consumatori e degli utenti (d.lgs. 6.09.2005, n. 206, c.d. codice del consumo) e di tutte quelle disposizioni che regolamentano le attività imprenditoriali connesse ai servizi pubblici (come ad es. il d.lgs. 1.09.1993, n. 285, Testo unico in materia bancaria e creditizia ed il d.lgs. 24.02.1998, n. 58, Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria).

[3] E' nella comune valenza e finalità della *class action* americana e dell'azione collettiva risarcitoria nostrana, che la dottrina coglie più propriamente la diretta derivazione dell'una dall'altra. La funzione promozionale della *class action* è infatti riconosciuta dalla concorde dottrina tra cui si segnala, senza pretesa di completezza, P. fiorio, *L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis e gli obiettivi di deterrenza e di accesso alla giustizia dei consumatori*, in aa.vv., *I diritti del consumatore e la nuova class action*, in P.G. Demarchi (a cura di), op. cit., 471 ss.; A. giussani, *La transazione collettiva per i danni futuri: economia processuale, conflitti d'interesse e deterrenza delle condotte illecite nella disciplina delle class actions*, in *Foro it.*, 1998, IV, c. 175.

[4] A. bellelli, *Dall'azione inibitoria all'azione risarcitoria collettiva*, in *N. giur. civ. comm.*, 2009, II, 211 ss.

[5] M. de cristofaro, *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. e prev.*, 10, 2010, p. 1932 ss.; D. amadei, *L'azione di classe italiana per la tutela dei diritti individuali omogenei*, in *Giur. merito*, 2008, p. 940 ss.

[6] Sono considerazioni di R. caponi, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1205 ss.

[7] Per una più approfondita analisi dell'argomento degli interessi diffusi, si prendano in considerazione, tra i numerosi riferimenti bibliografici, AA.VV., *Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, Atti del Convegno di Studio – Pavia 11-12 giugno 1974, Padova, 1976; AA.VV., *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato (con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori)*, a cura di Gambaro, Milano, 1976; M. cappelletti, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi e diffusi*, in *Giur. it.*, 1975, IV, p. 49 ss.; C. M. bianca, *Note sugli interessi diffusi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di Lanfranchi, Torino, 2003, p. 67 ss.; A. carratta, *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, ivi, p. 79 ss.; C. punzi, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, ivi, 17 ss.

[8] Sono parole di F. camelutti, *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951, p. 12, il quale ha per primo affermato che l'interesse collettivo in sostanza, non starebbe ad esprimere altro che una solidarietà di interessi, per cui «un bisogno dell'uno non può essere soddisfatto se non sia soddisfatto il bisogno dell'altro; allora la probabilità del soddisfacimento di un bisogno si determina insieme rispetto all'uno e rispetto all'altro».

[9]¹ Secondo l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, gli interessi diffusi possono essere tutelati in giudizio, solo ove sia intervenuta una disposizione legislativa che lo preveda espressamente e quindi qualora il legislatore attribuisca ad un ente esponenziale la legittimazione ad agire per la tutela di interessi dei singoli componenti una collettività. Il formante giurisprudenziale ha infatti stabilito che «gli interessi diffusi sono quegli interessi che, per l'inattitudine del soggetto (a causa della sua natura) ad essere considerato nell'ambito esclusivamente individuale, sono riferibili ad un soggetto non già come individuo, ma come membro di una collettività più ampia, coincidente al limite, con la generalità dei cittadini, così dando vita ad una pluralità di situazioni giuridiche analoghe; pertanto un provvedimento amministrativo che incida su di essi non pregiudica in via diretta ed attuale la sfera giuridica del soggetto membro e quindi non è impugnabile in via giurisdizionale da parte di uno o più appartenenti a detta collettività come tali, ancorchè associati in enti muniti di personalità giuridica, anche perché a tali persone giuridiche – dove manchi una precisa e puntuale disposizione legislativa che espressamente lo prevede – non può essere riconosciuta la specifica funzione esponenziale della tutela del concreto interesse dei singoli componenti di una collettività, condizione che costituisce il presupposto indispensabile per la legittimazione al riconoscimento di una formazione sociale». (Cfr. Tar Abruzzo, sez. dell'Aquila, 12.11.1981, n. 409, in *Tar*, 1982, I, 242 e Tar Sicilia, sez. Catania 19.05.1982, n. 402, in *Tar*, 1982, I, 2276).

[10]¹ A tal proposito il Tar Lazio con sentenza del 19.01.1983, n. 47, in *Foro. Amm.*, 1983, I, p. 387, ha precisato che il «il fenomeno degli interessi diffusi riguarda le utilità che appartengono identicamente ed indivisibilmente ad una pluralità di soggetti, nessuno dei quali ne ha pertanto la totale disponibilità; dette utilità in quanto indifferenziate possono trovare tutela nel processo a condizione che siano personalizzate, cioè rappresentate e gestite da un organismo che, avendole fatte emergere dall'indistinto giuridico, le proponga come proprie».

[11]¹ Nella storia del diritto molti sono gli esempi di figure nate come interessi diffusi o collettivi per poi via via assurgere nella scala dei valori e della coscienza sociale ai fasti di veri e propri diritti soggettivi. Pensiamo a tal proposito al diritto alla salute ed all'ambiente, dapprima confusi con l'interesse pubblico e poi assunti a diritti soggettivi a rilevanza costituzionale.

[12]¹ Per la verità, contrariamente a quelle concezioni unitarie che riconducono l'interesse collettivo unicamente al gruppo in sé – quale collettività entificata o ente esponenziale –, e come soggetto di diritto distinto dai singoli, taluni autori già avevano discusso circa la possibilità di imputazione dell'interesse collettivo in capo ai singoli soggetti che appartengono al gruppo di riferimento. Tra di essi si ricordano in particolare gli scritti di N. Jaeger, *Attività processuali con efficacia normativa e tutela degli interessi generali (di serie)*, in Studi in onore di Antonio. Segni, III, Milano, 1967, p. 7, ove l'autore afferma che «i titolari di quelli – gli interessi collettivi – sono sempre ed esclusivamente le singole persone fisiche portatrici dei bisogni che richiedono soddisfazione». Parimenti, P.G. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 8, nel sostenere la non omogeneità dei concetti di interesse individuale e di interesse collettivo, sostiene l'impossibilità di «contrapporre l'interesse collettivo a quello individuale, attribuendo il primo a soggetti diversi dagli uomini, perché solo gli uomini possiedono dei bisogni, e anche i bisogni che sembrano appartenere ad un organismo sociale si risolvono in bisogni comuni a tutti gli individui che ne fanno parte».

[13]¹ Circa la possibilità da parte del giudice adito con l'azione inibitoria di procedere esso stesso alla modifica del contenuto della clausola abusiva in modo da ricondurla ad equità, si è espresso in senso positivo il Consiglio di Stato, con decisione del 22.3.1987 n. 207 in *Foro Amm.*, 1987, p. 506, il quale richiama, anche per le convenzioni stipulate tra privati e pubblica amministrazione, la disciplina generale dei contratti ed in particolare il disposto dell'art. 1374 c.c. che per l'ipotesi di nullità di clausole, anche in ragione dell'acclarata abusività, contempla l'equità come fonte integrativa del contratto. (in senso conforme anche Trib. Palermo, sez. V, 7.04.1998, in *Foro it.*, 1998, I, 1624).

[14]¹ Quella conciliativa è peraltro una procedura molto semplificata e celere, per la cui definizione si prevede espressamente un termine massimo di sessanta giorni.

[15]¹ Per una lettura dell'istituto della *class action* così come previsto dall'originaria legge del 2007 e quindi eminentemente per una sua ricostruzione in chiave storica, si rinvia agli scritti di C. Consolo, *È legge una disposizione sull'azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello opt-in anziché quella danese dello opt-out e di filtro ("L'inutile precauzione")*, in *Corr. giur.*, 2008, 5; Id., *Class actions fuori dagli USA? (Un'indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 641 ss.; C. Consolo-M. Bona-P. Buzzelli, *Obiettivo class action: l'azione risarcitoria collettiva*, Milano, 2008.

[16]¹ Del resto si era anche affermato in dottrina tra cui M. Gorgoni, *L'ammissibilità dell'azione di classe tra punti fermi ed ambiguità*, *Resp. civ. e prev.*, 2011, 5, 1099 ss., che l'originaria dimensione "collettiva" dell'azione di classe non era stata definitivamente soppressa neppure con la riforma del 2009 specie laddove l'art. 140 bis cod. cons. richiede che la promozione dell'azione di classe debba rispondere alla "apparenza" di tutela di un interesse della classe, requisito da vagliare ora in sede di pronuncia filtro di ammissibilità dell'azione. In qualche modo si richiama la possibilità di tutela da parte del singolo appartenente alla classe anche di un interesse di natura collettiva.

[17]¹ L'art. 140 bis, 14° co., cod. cons. prevede infatti che le azioni di classe proposte entro il termine stabilito per la dichiarazione di adesione «sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo, assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice».

[18]¹ L. renzi, *Il modello statunitense di class action e l'azione collettiva risarcitoria*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 1213 ss.

[19]¹ L. ferrarese, *Le norme statunitensi sulle azioni collettive: analisi comparativa con la normativa italiana e spunti di riflessione*, *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 746 ss.

[20]¹ A. frignani e P. virano, *Le class actions nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, *Dir. econ. assic.*, 2009, p. 5 ss.

[21]¹ A tal proposito l'art. 140 bis, 1° co., secondo periodo, cod. cons., prevede espressamente che «ciascun componente della classe, anche mediante associazioni a cui da mandato o comitati a cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni».

[22]¹ Infatti ai sensi dell'art. 140 bis, 6° co., cod. cons. «La domanda è dichiarata inammissibile (omissis).. quando il proponente non è in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe».

[23]¹ Questa è la posizione condivisa dalla unanime dottrina tra cui si cita C. Consolo – B. zuffi, *Lineamenti processuali dell'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons.*, Milano, 2011.

[24]¹ In particolare l'art. 140 bis, 3° co., cod. cons. prevede che «i consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore anche tramite posta elettronica certificata e fax. L'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, lettera b). Gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione».

[25]¹ In tal senso si esprime C. Consolo – B. zuffi, *Lineamenti processuali dell'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons.*, op. cit., § IV, p. 4.

[26]¹ L'art. 140 *bis*, 9° co., cod. cons. dispone infatti che «con l'ordinanza con cui ammette l'azione il Tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda».

[27]¹ A tal fine l'art. 140 *bis*, 15° co., cod. cons. specifica che «le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo».

[28]¹ Sul punto A. giussani, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, p. 87 ss., ha infatti evidenziato che «quanto meno l'incaricante è in grado di controllare la qualità dell'operato svolto in suo favore dall'incaricato, tanto più è probabile che si producano conseguenze allocative inefficienti. È chiaro però che nel contesto dell'azione collettiva a tutela di diritti individuali omogenei l'esigenza di controllare che l'operato del difensore tecnico sia fedele agli interessi dei componenti passivi del gruppo si accentua esponenzialmente, perché questi ultimi non hanno con lui alcun rapporto diretto, e inoltre il loro personale interesse nella causa ha spesso un valore talmente esiguo da non giustificare comunque alcuna attività di monitoraggio».

[29]¹ Infatti, l'art. 140 *bis* cod. cons. detta poche e scarse regole procedurali, tra cui «la domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il Tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità» (art. 140 *bis*, 5° co., cod. cons.) ed ancora, si stabilisce che con l'ordinanza con cui ammette l'azione «il Tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo» (art. 140 *bis*, 11° co., cod. cons.). Inoltre il Tribunale, con la stessa ordinanza con cui ammette l'azione «prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio» (art. 140 *bis*, 11° co., cod. cons.).

[30]¹ Questa è stata infatti la scelta operativa attuata dal Trib. Milano, sez. VIII, il quale con ord. 20.12.2010, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 5, 1099, ha, per la prima volta in Italia, dichiarato ammissibile sulla scorta dell'art. 140 *bis*, 2° co., lett. c) cod. cons. l'azione di classe promossa da una acquirente nei confronti della ditta produttrice di un Kit per l'autodiagnosi dell'influenza H1N1, per sentir dichiarata la responsabilità da prodotto difettoso e per far accertare l'adozione di pratiche commerciali scorrette in conseguenza delle informazioni ingannevoli offerte sul prodotto. Per la pronuncia di ammissibilità il Tribunale si è basato sulle dichiarazioni della consumatrice del prodotto, che lo aveva acquistato per uso personale, di essere stata indotta all'acquisto per effetto delle ingannevoli informazioni contenute nel bugiardinio e che lasciavano intendere la totale affidabilità diagnostica dell'Ego test Flu.

[31]¹ In senso affermativo si è pronunziato il Tribunale di Napoli, con decreto 27 maggio 2010, in *Corr. giur.*, 2010, p. 985 ed in www.judicium.it ove ha ritenuto di poter ammettere da parte del convenuto la chiamata in causa in garanzia del terzo, dal quale intendeva essere garantito o comunque di colui che riteneva essere il vero obbligato. Il caso era quello di una domanda promossa da alcuni acquirenti di un pacchetto turistico "tutto compreso" che chiedevano di essere risarciti dal *tour operator* per essersi inaspettatamente trovati in un villaggio turistico a Zanzibar i cui lavori di costruzione non erano ancora stati ultimati. Il *tour operator*, costituendosi in giudizio, chiedeva di essere autorizzato alla chiamata in causa in garanzia della propria compagnia assicuratrice, nonché della società proprietaria del villaggio. Il Tribunale di Napoli differiva con proprio decreto la data dell'udienza per la valutazione dell'ammissibilità dell'azione, concedendo termine all'impresa convenuta per effettuare la chiamata in causa della propria compagnia di assicurazione, nonché il proprietario del villaggio e, quindi, implicitamente riconoscendo l'ammissibilità della chiamata in causa del terzo nell'ambito del processo di classe.

Con la richiamata sentenza il Tribunale implicitamente riconosce inoltre che con l'azione di classe può esercitarsi anche un'azione in garanzia, oltre a quella di condanna al risarcimento ed alle restituzioni.

[32]¹ Ai sensi dell'art. 140 *bis*, 12° co., cod. cons. «se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. In questo ultimo caso il giudice assegna alle parti un termine, non superiore a novanta giorni, per addivenire ad un accordo sulla liquidazione del danno. Il processo verbale dell'accordo, sottoscritto dalle parti e dal giudice, costituisce titolo esecutivo. Scaduto il termine senza che l'accordo sia stato raggiunto, il giudice, su istanza di almeno una delle parti, liquida le somme dovute ai singoli aderenti».

[33]¹ A. stabilini, *Inammissibilità e manifesta infondatezza dell'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti ex art. 140 bis del codice dei consumatori*, in *Soc.*, 2011, p. 103 ss., nonché V. vigoriti, *Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*, in *Cont. impr.*, 2008, p. 729 ss.

[34]¹ M. libertini - M.R. maugeri, *Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, p. 619 ss.

[35]¹ Il caso descritto è riportato in M. de cristofaro, *L'azione collettiva risarcitoria "di classe": profili sistematici e processuali, op. cit.*

[36]¹ L'art. 140 *bis*, 9° co., lett. a) cod. cons., recita infatti che al momento della declaratoria d'ammissibilità dell'azione «il Tribunale definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione».

[37]¹ Esattamente corrispondente alla possibilità che nel giudizio di classe possano confluire una varietà di ipotesi illegittime variamente configurate tra loro è appunto il caso deciso dalla Corte di Appello di Torino, con ordinanza 27.10.2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3530, in cui l'azione di classe è stata ritenuta peraltro inammissibile per difetto del requisito di identità, sul presupposto che nella classe dei correntisti della Banca, vi erano sia titolari di conti affidati che titolari di conti non affidati, il che comportava all'applicazione di previsioni contrattuali tra loro differenti. La corte di appello conferma in sede di reclamo la pronuncia resa dal Tribunale, con ordinanza 27 maggio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2523 e in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2010, p. 882 ss., con la quale ha giudicato inammissibile l'azione di un correntista promossa contro la Banca, ai sensi dell'art. 140 *bis*, comma 2, lett. a) cod. cons., e volta all'ottenimento della dichiarazione di nullità di talune clausole, tra cui la commissione per scoperto di conto (CSC) applicata ai conti affidati, nonché il tasso debitore annuo nominale sulle somme utilizzate (TUOF), applicato sui conti affidati, con conseguente ordine di espunzione delle predette clausole dai contratti e condanna al risarcimento del danno. L'inammissibilità dell'azione è stata dichiarata per difetto di legittimazione ed interesse ad agire del consumatore (art. 100 c.p.c.), in quanto le clausole oggetto di censura non erano state applicate direttamente nei suoi confronti, mentre le clausole praticategli dalla Banca risultavano conformi ai termini di legge.

La richiamata ordinanza di inammissibilità resa dal Tribunale di Torino è stata come detto confermata anche in sede di reclamo dalla Corte di Appello, con decisione 27 ottobre 2010, nella quale il giudice di secondo grado ha però specificato che non di carenza di interesse ad agire si trattava, ma di manifesta infondatezza della domanda, in quanto l'azione di classe può tendere esclusivamente alla condanna risarcitoria e/o alle restituzioni in favore dei consumatori, con esclusione di azioni di mero accertamento, tra cui l'azione di nullità contrattuale nella specie proposta.

[38]¹ A tacer d'altro la necessaria rappresentatività dell'attore si accompagna al carattere di esclusività della *class action*, secondo quanto dispone il 14° co. dell'art. 140 *bis* cod. cons. circa la non ripetibilità di ulteriori azioni di classe «per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9».

[39] L'art. 140 *bis*, 7° co., cod. cons. stabilisce in particolare che «L'ordinanza che decide sulla ammissibilità è reclamabile davanti alla corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore. Sul reclamo la corte d'appello decide con ordinanza in camera di consiglio non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso».

[40] V. sangiovanni, *Nozione di consumatore e legittimazione alla class action*, in *Corr. merito*, 2010, 1045 ss.

[41] A tal proposito il Tribunale di Torino con ordinanza 27 maggio 2010, *cit.*, ha riconosciuto che la qualità di consumatore, deve essere riscontrata in capo a chi propone l'azione di classe, affinché possa allo stesso essere riconosciuta la relativa legittimazione ad agire ed, in definitiva, superare il vaglio di ammissibilità dell'azione.

[42] Sul punto è importante segnalare che la nozione di consumatore è stata ristretta, con un importante sentenza della Corte Costituzionale (Corte cost. 22.11.2002, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, c. 332) sino ad escluderne le piccole imprese e quelle artigiane, nel punto in cui ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3, 25, 1° comma, cost. del precedente art. 1469 *bis*, 2° comma, c.c., nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane. L'orientamento giurisprudenziale inaugurato con la richiamata decisione non è mutato anche a seguito dell'entrata in vigore del codice del consumo, pertanto deve ritenersi che, anche ai sensi del nuovo art. 3 cod. cons., tali tipologie di imprese non possano rivestire la qualifica di consumatori.

[43] Il Tribunale di Torino, a mezzo della già richiamata ordinanza del 27 maggio 2010, nel pronunciarsi in merito all'ammissibilità dell'azione intentata dal correntista nei confronti della Banca, ha infatti riconosciuto la qualità di consumatore in capo al proponente l'azione di classe, fondando tale accertamento sulla verifica della destinazione d'uso del conto corrente bancario, risultato riferibile all'attività professionale svolta dal medesimo, soltanto in minima parte.

Con la richiamata pronuncia il Tribunale si è conformato all'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato secondo cui «la qualifica di consumatore permane anche per quelle operazioni di natura mista, purché gli interventi riconducibili all'attività professionale da questi svolta risultino marginali rispetto a quelle che non lo siano» (Cfr. Cass., 8.06.2007, n. 13377, in *Giur. civ.*, 2008, I, p. 996 ss.; Cass. 23.02.2007 n. 4208, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2439).

[44] A tal proposito con ordinanza del 20.04.2012 il Tribunale di Roma, in sede di dichiarazione di ammissibilità di una *class action* promossa dal Codacons in ragione di un'infezione da tubercolosi contratta da un gruppo di degenti del Policlinico Gemelli, ha accolto un'interpretazione ampia di impresa, come attività imprenditoriale non necessariamente connessa alla realizzazione dello scopo di lucro, ed ha riconosciuto detta qualità in capo al convenuto Policlinico, anche laddove sia data prevalenza all'attività svolta in regime di convenzione con il SSN.

Infatti, nell'ampia nozione di professionista dettata all'art. 3 cod. cons. ben possono rientrarvi anche i rapporti di utenza con il servizio pubblico sanitario, sia che lo stesso sia erogato da soggetti di diritto pubblico, sia che sia reso attraverso strutture gestite da privati che abbiano ottenuto l'autorizzazione a gestire il servizio in convenzione.

[45] Più in particolare a norma dell'art. 140 *bis*, 2° co., cod. cons., l'azione di classe tutela:

- a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;
- b) i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;
- c) i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

[46] Così è per i «diritti contrattuali», che vengono contemplati anche all'art. 2, 2° co., lett. e), ove si sancisce il diritto dei consumatori alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali.

La stessa corrispondenza la ritroviamo anche per il danno da prodotto difettoso, che viene implicitamente ricondotto alla lett. a) e b) dell'art. 2, 2° co., cod. cons., ove si sancisce il diritto dei consumatori alla tutela della salute e alla sicurezza della qualità dei prodotti e dei servizi.

Anche il danno da pratiche commerciali scorrette è considerato alla lett. c-bis) della medesima disposizione, ove si sancisce il diritto dei consumatori all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà.

Il danno da comportamenti anticoncorrenziali non è ricompreso nell'elenco dei diritti fondamentali del codice del consumo, ma la risoluzione comunitaria sulla tutela del consumatore risalente al 1975 includeva tra i diritti dei consumatori anche, genericamente, la tutela degli interessi economici, tutela ribadita dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in cui ben possono rientrare i diritti derivanti dalla violazione di regole di concorrenza aventi effetti pregiudizievoli per i consumatori.

Se si scorrono poi altre disposizioni contenute nel codice del consumo, a questi diritti si debbono aggiungere i diritti degli utenti pregiudicati dall'esercizio di attività televisive ed i diritti degli utenti derivanti dalla diffusione di messaggi pubblicitari di medicinali per uso umano, con il riconoscimento della legittimazione a promuovere l'azione inhibitoria in materia alle associazioni iscritte nell'elenco ministeriale (art. 139 cod. cons.).

[47] Si richiama a tal proposito l'ordinanza resa dal Tribunale di Milano il 20.12.2010, *cit.*, a mezzo della quale è stata dichiarata ammissibile l'azione di classe promossa da una acquirente nei confronti della ditta produttrice di un Kit per l'autodiagnosi dell'influenza H1N1, per la dichiarazione di responsabilità da prodotto difettoso e per l'accertamento dell'adozione da parte dell'impresa produttrice di pratiche commerciali scorrette in conseguenza delle informazioni ingannevoli offerte sul prodotto e contenute nel bugiardo e che lasciavano intendere la totale affidabilità diagnostica dell'Ego test Flu.

A mezzo della medesima ordinanza si è però dichiarata inammissibile l'azione promossa dalla consumatrice del prodotto ai sensi dell'art. 140 *bis*, 2° co., lett. b) cod. con. nei confronti della società distributrice in Italia del prodotto, sul presupposto che la responsabilità del produttore non fosse invocabile nei confronti della società che si era limitata a commercializzarlo, ma non era direttamente produttrice.

[48] La tesi è di R. caponi, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, V, 2009, c. 383 ss. In senso contrario si è invece espressa, con ordinanza 27 ottobre 2010 la Corte di Appello di Torino, chiamata a pronunciarsi in sede di reclamo avverso l'ordinanza 27 maggio 2010 del Tribunale di Torino che aveva dichiarato l'inammissibilità dell'azione di classe promossa da un correntista nei confronti della Banca, ha recepito l'indirizzo, maggioritario in dottrina, secondo cui l'oggetto del processo di classe può essere soltanto il diritto al risarcimento del danno e/o alle restituzioni conseguenti ad un illecito. (Cfr. G. Costantino, *La tutela collettiva risarcitoria 2009: la tela di Penelope*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 388 ss.; A.D. de santis, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, in *La nuova «class action» e la tutela collettiva dei consumatori*, in G. chinè e G. miccolis (a cura di), Roma, 2010, p. 157 ss.; Id., *La pronuncia sull'ammissibilità della «class action»: una «certification» all'italiana?*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2010, p. 882 ss.; Id., *Brevissime notazioni sulla nuova azione di classe ex art. 140-bis cod. consumo*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3530.

La richiamata decisione della Corte di Appello di Torino del 27 ottobre 2010 ha così chiarito come il semplice pericolo di danno, ovvero la situazione in cui illecito lamentato sia solo potenzialmente produttivo di un danno, che allo stato non si è ancora verificato, non sia sufficiente a legittimare l'avvio di un'azione di classe, non essendo possibile individuare un danno che possa dirsi "plurioffensivo".

Ciò in quanto, come anzi detto, nell'azione di classe non può essere esercitata una semplice azione volta all'accertamento della responsabilità di chi commette l'illecito, stante la natura di condanna dell'azione di classe che quindi presuppone l'esistenza di un danno attuale.

Nel rendere la propria decisione la Corte di Appello di Torino evidenzia inoltre come esista nel codice del consumo un altro strumento *ad hoc* rappresentato dall'azione inibitoria collettiva ex art. 140 cod. cons. che è specificatamente finalizzato ad arrestare il perpetrarsi di una condotta illecita ed a impedirne la continuazione e reiterazione e quindi il prodursi di nuovi danni in futuro.

^[49] Si tratta in particolare delle controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari. Inoltre, a partire dal 20 marzo 2011, l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione è stata poi ampliata anche ai contratti assicurativi e per il risarcimento da responsabilità medica, mentre con decorrenza dal 20 marzo 2012, la mediazione obbligatoria come condizione di procedibilità dell'azione è stata prevista anche per le controversie in materia di condominio e di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti. Sull'istituto della mediazione si rimanda più approfonditamente allo scritto di A. Mascia - E. Tripodi, *Il codice della mediazione e della conciliazione*, Rimini, 2011.